خطّـــــــة البحـــــــث

مقدّمــــــــــــــة

الفصل الأول: إثبات النسب بالطرق الشرعية.

المبحث الأول: إثبات النسب بالزواج الصحيح و ما يلحقه.

المطلب الأول: إثبات النسب بالزواج الصحيح.

المطلب الأول: إثبات النسب بالزواج الفاسد و بنكاح الشبهة.

المبحث الثاني : إثبات النسب بالإقرار.

المطلب الأول: أنواع الإقرار المثبت للنسب.

المطلب الثاني : حكم التبنّي و اللقيط إتجاه الإقرار.

من إعـداد الطالبــة: **تحـت إشـــراف:**

المبحث الثالث: البيّنة و أثرها في إثبات النسب.

- **بومجان سولاف**

المطلب الأول: مفهوم البيّنة في مجال النسب و أنواعها.

المطلب الثاني : حجيّة البينة مقارنة بالإقرار.

الفصل الثاني: إثبات النسب بالطرق العلمية البيولوجية الحديثة.

المبحث الأول: نظام تحليل فصائل الدم.

المطلب الأول: النتائج العلمية لفحص الدم.

المطلب الثاني : فحص فصائل الدم دليل مؤكّد للنّفي أو للإثبات.

المبحث الثاني : نظام البصمة الوراثية.

المطلب الأول: شروط العمل بالبصمة الوراثية و ضوابطها.

المطلب الثاني : موقف البصمة الوراثية من الأدلة الشرعية لإثبات النسب و نفيه.

المبحث الثالث: حجيّة الطرق العلمية في مجال النسب و العقبات التي تواجهها.

المطلب الأول: حجيّة الطرق العلميّة الحديثة.

المطلب الثاني : العقبات التي تواجه إستخدام الطرق العلمية الحديثة.

الخاتمـــــــــــــــة

مقــدّمــــــــــــة

إنّ رابطة النسب في الإسلام من أبرز آثار عقد الزواج الذي إعتبره الله ميثاقا غليظا بين الزوجين و رتّب عليه حقوقا، أوّلها ثبوت نسب كل فرد إلى أبيه حتى لا تختلط الأنساب و يضيع الأولاد، و لم يقل إهتمام الشريعة الإسلامية بنفي النسب، كما كان لها أكبر الإهتمام بإثباته. و ذلك لما يتمتع به من مكانة مقدّسة بين نصوص الشرع و أحكامه الفقهية، إذ يعدّ أحد أركان و مقاصد الشريعة الخمسة التي من بينها النسل "النسب"، لذا أمر الله عزّ وجلّ الآباء أن ينسبوا إليهم أولادهم و نهاهم عن إنكار بنوّتهم في قوله جلّ ثنائه: *"أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله*، كما توعّد الرسول الكريم الأبناء الذين ينتسبون إلى غير آبائهم فقال عليه الصلاة و السلام: *" من إدّعى إلى غير أبيه و* هو *يعلم أنه غير أبيه فالجنّة عليه حرام"*، كما نهى المرأة عن إنساب ولد إلى زوجها تعلم أنه ليس منه فقال: *"أيّما إمرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء و لن يدخلها الجنة"*، وأبطل أن يكون الزنا و العهر طريقا لثبوت النسب فقال صلى الله عليه و سلم: *"الولد للفراش و للعاهر الحجر"*.

و بالتالي فإن الشارع الإسلامي قد أحاط النسب بحصانة كبيرة لتشوّقه إلى ثبوته حتى لا يضيع أو يتعرّض للضرر و حتى لا يصاب المجتمع بالضرر إذا هو فسد.

و النسب بإعتباره صلة الإنسان بمن ينتمي إليه من الآباء و الأجداد يدور حول محورين أساسيين و هما الإثبات بمعنى تأكيد حق متنازع فيه له أثر قانوني بالدليل الذي أباحه القانون لإثبات ذلك الحق، و النفي وفق الشروط و الضوابط الشرعية و القانونية. و إذا إستقرّ النسب إلتحق المنسب بقرابته و تعلّقت به سائر الأحكام الشرعية المرتبطة بهذا النسب من ميراث و نفقة و موانع الزّواج و ترتّبت عليه حقوق و واجبات، فكان إستقرار النسب إستقرارا للمعاملات في المجتمع و لذلك خصّه الإسلام بما يمنع العبث به فقال عليه السلام: " الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب و لا يورّث".

و لقد إهتمّ المشرّع الجزائري بثبوت نسب الأولاد و إلحاقهم بذويهم مستنبطا أحكامه من الشريعة الإسلامية و نظّمه في المواد من 40 إلى 46 من قانون الأسرة، و حصر أسباب ثبوت النسب في المادة 40 من قانون 11/84 المعدّل و المتمم بالأمر 02/05 المؤرّخ في 04 ماي 2005: في الزواج الصحيح و ما يلحقه من نكاح الشبهة أو كل زواج تمّ فسخه بعد الدخول أو الإقرار أو البيّنة، و بإستبدال المشرّع حرف (و) بحرف (أو) أزال الغموض عن المادة 40 التي كان يفهم منها قبل التعديل أن إثبات النسب يقتضي إجتماع الأدلّة الشرعية السابقة، و محاولة من المشرّع الإستجابة لتطوّرات عصرنا الراهن لا سيما في المجال البيولوجي أدرج الطرق العلمية ضمن وساءل إثبات النسب في الفقرة الثانية من المادة 40. لكن نلاحظ أن المشرّع أشار إلى الطرق العلمية دون أن يحصر

صورها و هذا فتح أبواب الإجتهاد للقاضي و ذلك بالإستعانة بما توصّلت إليه الدراسات العلمية في هذا المجال، كما أجاز المشرّع للزوج نفي النسب بالطرق المشروعة إلا أنه لم يورد عبارة اللعان صراحة في المادة 41 من قانون الأسرة.

و إذا كان فراش الزوجية هو الأساس في ثبوت نسب الولد الناتج عن إتصال الزوجين بطريقة طبيعية غير أن التطوّر العلمي في ميدان الطب جعل عمليّة الإنجاب ممكنة بواسطة التلقيح الإصطناعي، و من المستجدات التي أدرجها المشرّع في هذا الإطار المادة 45 مكرّر التي وضعت الإطار القانوني لعملية التلقيح الإصطناعي و ضبطت شروطه.

و لقد كان الدافع لإختيار موضوع إثبات النسب و نفيه كمحور لهذه الدراسة لإعتبارات موضوعية كون أن النسب بالغ الخطورة و له أبعاد و آثار نفسية على الولد بدرجة أولى، كما له بعد إجتماعي لكونه يحقق مصلحة عامة للمجتمع و يتضمّن حرمات الله تعالى. كما شدني الوقوف على التكييف الشرعي للطرق العلمية و مدى ما تحققه من مصالح بشرية و إجتماعية، رغبة منّي في تأصيل قواعد هذا الكشف الجديد و إرجاعه إلى الضوابط الفقهية في الشريعة الإسلاميّة، ليكون هذا البحث بمثابة مرجع شرعي و قانوني يستفاد منه لكشف الغموض الذي يكتنف بعض الجوانب المتعلقة بالتحاليل البيولوجية خصوصا البصمة الوراثية.

و هذا ما جعلني أطرح الإشكالات الآتية:

- ما هيّ القواعد القانونية الشرعية و العلمية المحدّدة لإثبات النسب و ضوابط نفيه؟
- ما موقف البصمة الوراثية من الأدلة الشرعية لإثبات النسب؟
- هل يمكن الإستناد إلى التحاليل البيولوجية لنفي النسب؟ و ما مكانتها من اللعان؟ و هل يوجد تعارض بينهما؟
- ما مدى مصداقيّة الطرق العلمية الحديثة في مجال النسب و سلطات القاضي في تقدير قيمتها القانونية؟

وللإجابة على هذه الإشكالات عالجت هذا الموضوع وفق منهج تحليلي مقارنة لأحكام الشريعة الإسلامية من خلال فصلين، تناولت في الفصل الأول إثبات النسب بالطرق الشرعيّة من فراش و إقرار و بيّنة حسب نص المادة 1/40 من قانون الأسرة و نظرا لكون الطرق العلمية هي الأمر الجديد في هذا البحث فقد خصصت لها الفصل الثاني أين تطرّقت إلى أهم التحاليل البيولوجيّة من فحص فصائل الدم و بصمة الحمض النووي ADN إضافة إلى بيان حجّيتها و العراقيل التي تواجه إستخدامها من خلال الخطة التالية:

الفصل الأول: إثبات النسب بالطرق الشرعية

إذا كان نسب الولد من أمه ثابت في كل حالات الولادة شرعية أو غير شرعية و إذا ثبت النسب منها كان لازما و لا يمكن نفيه، فإنّ نسب الولد من أبيه، نظّم المشرع ثبوته بناءا على وجود الزوجية مؤكّدا بذلك أقوال فقهاء الشريعة الإسلامية التي لم تجعل من طريقة إثبات نسب شخص إلى والده إلاّ طريقة الزواج الصحيح و ما يلحقه من زواج فاسد و الوطء بشبهة أو الإقرار أو البينة، و هذا ما تضمّنته الفقرة الأولى من المادة 40 من قانون الأسرة، و الذي سأتطرق إليه تبعا في المباحث الثلاثة الآتية:

المبحث الأول: إثبات النسب بالزواج الصحيح و ما يلحقه

إنّ أهم مقاصد الزواج الصحيح المحافظة على الأنساب، فقد حرص الشارع الحكيم و التشريعات الوضعية و منها المشرع الجزائري على ذلك لما له من أهمية في حماية المجتمع و تماسكه، و لذا فإن الولد ينسب إلى والده متى كان الزواج صحيحا و توافرت الشروط المعتبرة في هذه الحالة، كما يثبت النسب أيضا بما ألحق الفراش الصحيح أي الزواج الفاسد و الوطء بشبهة. و هذا ما أحاول تفصيله في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: إثبات النسب بالزواج الصحيح

ينسب الولد إلى والده متى كان الزواج صحيحا من الناحية القانونية، و لكي ينشئ عقد الزواج صحيحا وجب أن تتوفر فيه الأركان و الشروط المتطلبة حتى تترتب عليه الآثار الشرعية و القانونية التي نص عليها المشرّع الجزائري في المادتين: 09 و 09 مكرّر من الأمر رقم: 02/05 المعدّل لقانون الأسرة. و هذا ما إستقرّت عليه المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في: 1984/10/08 ملف رقم: 34137 بقولها *"من المقرر شرعا أن الزواج الذي لا يتوفر على الأركان المقرّرة شرعا يكون باطلا، و من ثمّة فلا تعتبر العلاقة الغير شرعية بين الرجل و المرأة زواجا. و لما كان كذلك، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية."* [1]. و على هذا الأساس فإن الزواج ما دام قائما فإنّ النسب يثبت به متى توافرت الشروط التي سأوضّحها لاحقا. أما إذا وقعت الفرقة بين الزوجين لأي سبب كان بطلاق أو وفاة فإن النسب لا يثبت إلاّ إذا ولدت الأم في مدة مخصوصة تبعا لنوع الفرقة التي يترتب عليها الإنفصال و تبعا لوجوب العدة على المرأة بعد الفرقة و عدم وجوبها[2].

---

(1)- الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية – المجلة القضائية لسنة 1989 العدد الرابع ص 79.

(2)- د. أحمد فراج حسين – أحكام الأسرة في الإسلام – الطلاق و حقوق الأولاد و نفقة الأقارب، طبعة 1991 ص 202.

و هذا ما سأفصّله في فرعين:

الفرع الأول: نسب المولود حال قيام الزوجية

إن العقد الصحيح سبب شرعي لثبوت نسب الولد في أثناء قيام الزوجيّة، فإن ولدت الزوجة بعد زواجهاثبت نسبه من ذلك الزوج دون حاجة إلى إقرار منه بذلك أو بيّنة تقيمها الزوجة على ذلك لأنه يملك لوحده حق الإستمتاع بها[1]. و هذا ثابت من قوله صلى الله عليه و سلم: *"الولد للفراش و للعاهر الحجر"*، و حسب الحديث الشريف فإن صاحب الفراش هو الزوج و العاهر هو الزاني و الرجم عقوبة على جريمته. و من مدلول قوله صلى الله عليه وسلم و نظرا لأن ثبوت النسب نعمة، فإن الجريمة لا تثبت النعمة بل يستحق صاحبها النقمة[2].و إذا كان الحمل يحدث بالإختلاط الجنسي بين الزوجة و زوجها، فقد يحدث بغير الإتصال العضوي بينهما أي عن طريق التلقيح الإصطناعي و ألحق المشرع الجزائري نسب الولد في الحالتين بأبيه و لكن قيّد ذلك بالشروط الآتية:

أولا: شروط نسب الطفل الناتج عن الإخصاب الطبيعي

طبقا للمادة 41 من قانون الأسرة فإن الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الإتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة. و من هنا فإنه يشترط لثبوت النسب بالزواج الصحيح ما يلي:

1- **الزوجية القائمة بين الرجل و المرأة على أساس عقد الزواج الصحيح**: و على هذا الأساس فإن القانون

لايسمح بإقامة النسب الشرعي لولد غير شرعي ناتج عن علاقات ما قبل الزواج الشرعي و هذا ما إستقرّت عليه المحكمة العليا في قرارها: *"من المقرر شرعا أنه لا يعتبر دخولا ما يقع بين الزوجين، قبل إبرام عقد الزواج من علاقات جنسية، بل هو مجرّد عمل غير شرعي لا يثبت عنه نسب الولد ..."* [3].

2- **إمكانية الإتّصال الجنسي بين الزوجين:**

إن العقد في الزواج الصحيح هو السبب في ثبوت نسب الولد المولود خلال الحياة الزوجية. لكن هل يكفي ذلك فقط؟ بالرجوع إلى المادة 41 من قانون الأسرة فإن من ضمن ما يشترط لإثبات نسب المولود من أبيه أن يكون التلاقي بين الزوج و زوجته ممكنا و هو رأي جمهور الفقهاء من الشافعية و المالكية و الحنابلة الذين

(1)- أحمد محمود الشافعي – الطلاق و حقوق الأولاد و الأقارب، طبعة 1987 ص 141.

(2)- الإمام أحمد أبو زهرة – الأحوال الشخصية، طبعة 2005 ص 388.

(3)- المحكمة العليا – غرفة الأحوال الشخصية قرار بتاريخ: 1984/11/19 ملف رقم: 34046 – المجلة القضائية 1990 – العدد الأول ص 67.

ذهبوا إلى أن الفراش في الزوجية إنما يثبت بالعقد بشرط إمكان الدخول بالزوجة، فلو تزوج مشرقي بمغربية و ثبت أنه لم يصل إليها لم يثبت النسب منه[1]. و ذهب الحنفية إلى عدم إشتراط ذلك فقالوا إنّ مجرد العقد يجعل المرأة فراشا لأنه مظنّة الإتصال، فإذا وجد كفى لأنّ الإتصال لا يطّلع عليه بخلاف العقد[2]. و هذا حفاظا على الولد من الضياع، فبتمام ستة أشهر فأكثر يثبت نسب الولد لأبيه. و قد ذهب شيخ الإسلام إبن تيمية و تلميذه إبن القيّم إلى إشتراط الدخول المحقق لإلحاق النسب إلى الزوج لأنّ المرأة عنده لا تصير فراشا إلاّ إذا إفترشها زوجها و الإفتراش لا يكون إلا بالدخول المحقق[3].

و نلاحظ أن المشرع الجزائري بإتباعه ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من ثبوت فراش الزوجية بالعقد مع شرط إمكان الدخول بالزوجة يتّفق مع قواعد التشريع الإسلامي و المنطق و المعقول. و عليه إذا تم العقد بين زوجين غائبين بالمراسلة أو بالوكالة فإنّ هذا العقد يكون سببا لثبوت النسب ضمن الفترة المقررة شرعا و قانونا إذا كان الإتّصال بين الزوجين ممكنا، أما إذا إستحال ذلك بأن كانا بعيدين عن بعضهما كل في بلد حيث لا يمكن تلاقيهما، فإن نسب الولد لا يلحق بأبيه[4]. وهذا ما أكّده إجتهاد المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1986/02/24، ملف رقم: 39473: *" حيث أن الولد للفراش ما دامت العلاقة الزوجية لم تنقطع بين الزوجين و الدليل على ذلك أن الزوج كان يزور من حين لآخر زوجته و هي في بيت خالها بوهران حسب ما أشار إليه الحكم الجزائي لمحكمة البيض بعد سماع ثلاثة شهود"* – قرار غير منشور[5].

كما أشارت إلى ذلك أغلب التشريعات العربية كالقانون المصري الذي نصّ في المادة 15 من القانون الخاص بمسائل الأحوال الشخصية *"لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها و بين زوجها من حين العقد...."* .

---

(1)- المستشار أحمد نصر الجندي – النسب في الإسلام و الأرحام البديلة، طبعة 2003 ص 39.

(2)- د. أحمد فراج حسين – المرجع السابق ص 200.

(3)- المستشار أحمد نصر الجندي – المرجع السابق ص 41.

(4)- د. بالحاج لعربي – الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري – الجزء الأول – الزواج و الطلاق ص 192.

(5)- د. بالحاج العربي – قانون الأسرة – مبادئ الإجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا – ديوان المطبوعات الجامعية،طبعة 1994 ص 48.

في القانون الأردني المادة 147 من قانون الأحوال الشخصية و القانون السوداني المادة 98 و المادة 164 من قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات[1].

3- **ولادة الولد بين أقل مدة الحمل و أقصاها:**

أ- **أقل مدة الحمل:** إتّفق الأئمة الأربعة و غيرهم من الفقهاء على أنّ أقل مدة الحمل هي ستة أشهر أي 180 يوما و هو موقف المشرّع الجزائري أيضا في المادة 48 من قانون الأسرة و الذي أكّدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في: 1998/11/17 ملف رقم: 210478 *"من المقرر قانونا أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر و أقصاها عشرة أشهر و متى تبّين من قضية الحال أن مدة الحمل المحدّدة قانونا و شرعا غير متوفرة لأنّ الزواج تم في: 1994/05/02 و الولد قد ولد في: 1994/05/07 .."* [2].

و حكم المادة 42 فيما يخصّ أقل مدة الحمل التي يتكون فيها الجنين و يولد بعدها حيّا مستنبط من قوله تعالى في الآية 15 من سورة الأحقاف: *"و و صّينا الإنسان بوالديه إحسانا، حملته أمّه كرها و وضعته كرها و حمله و فصاله ثلاثون شهرا ..."* و الآية 14 من سورة لقمان في قوله جلّ شأنه: *"و وصينا الإنسان بوالديه، حملته أمّه وهنا على وهن و فصاله في عامين ..."* .

فقد قدّرت الآية الأولى للحمل و الفصال ثلاثين شهرا و قدرت الثانية للفصال عامين و بإسقاط الثانية من الأولى يبقى للحمل ستّة أشهر و هو تقدير العليم الخبير. و على هذا الأساس فإذا جاءت الزوجة بولد لستة أشهر فأكثر من وقت الزواج لحق نسبه من الزوج لقيام النكاح بينهما أما إذا جاءت بالولد لأقل من ستّة أشهر لم يلحق نسبه بالزوج[3].

ب- **أقصى مدة الحمل:** لم يرد بشأن ذلك نص في القرآن الكريم و لا في السنة الصحيحة و إختلف في ذلك الفقهاء إختلافا كبيرا على عدة أقوال:

- أنها سنتان و هو رأي الحنفية و مستند هذا الرأي ما روي من قول عائشة رضي الله عنها أنها قالت: *"لا تزيد المرأة في الحمل على سنتين قدر ما يتحول ضل عمود المغزل"* .

---

(1)- أنور العمروسي – أصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية ص 561.

(2)- الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية - عدد خاص 2001 ص 85.

(3)- محمد محي الدين عبد الحميد – الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى 1984 ص 357.

أي أن الجنين لا يبقى في بطن أمه أكثر من سنتين و لو لفترة يسيرة عبَرت عنها بتحول ضل عمود المغزل(1).

-ذهب الشافعية و المالكية في القول المشهور عندهم إلى أن أقصى مدة الحمل أربع سنوات و في قول آخر أنها خمس سنوات و هناك من يزيد على ذلك.

-تسعة أشهر و هو رأي الظاهريّة و حجّتهم ما روي من قول عمر رضي الله تعالى عنه: *"أيما رجل طلق إمرأته فحاضت حيضة أو حيضتين ثم قعدت، فلتجلس تسعة أشهر حتى يستبين حملها*(2).

أما عن الآراء التي وردت في القوانين الوضعية، فنجد المشرع المصري نصّ في المادة 128 من قانون الأحوال الشخصية على: *"أقل مدة الحمل مائة و ثمانين يوما و أكثرها سنة شمسية"* و هو ما ورد في القانون السوري و القانون العراقي في المادة 51 و القانون الأردني في المادة 148 منه(3).

بينما المشرع الجزائري فقد حدّدها بعشرة أشهر كما جاء في المادة 42 من قانون الأسرة. و الطّب يقرر ما يقوله المشرع الجزائري في أقصى مدة الحمل بأن الجنين لا يمكث في بطن أمّه أكثر من تسعة أشهر إلا نادرًا.

أما عن حساب أقل و أقصى مدتي الحمل فتكون من تاريخ توافر شروط عقد الزواج و إمكانية الإتصال بين الزوجين معا.

4- عدم نفي الولد بالطرق المشروعة:

و هو ما نصّ عليه المشرع في المادة 41 من قانون الأسرة و لكن لم يحدّد هذه الطرق المشروعة لنفي النسب، و بتطبيق أحكام المادة 222 نرجع إلى أحكام الشّريعة الإسلامية التي حدّدت الطريق الشرعي لنفي النسب المتمثل في اللّعان لكن هل أنّ اللّعان هو الوسيلة الوحيدة لنفي النسب؟

أ- تعريف اللّعان:

يعرّف اللّعان لغة: بأنه مصدر لاعن، يلاعن، ملاعنة و هو من اللّعن أي الطرد و الإبعاد من رحمة الله و سمّي ما يحصل بين الزوجين لعانا لأنّ أحدهما كاذب بيقين و يستحق الطرد و الإبعاد من رحمة الله.

و يعرّف اللّعان شرعا و إصطلاحا: بكونه شهادات تجري بين الزوجين مؤكّدات بالأيمان من الجانبين مقرونة باللّعن من جانب الزوج و بالغضب من جانب الزوجة قائمة مقام حد الزنا في حقّها.

---

(1)- www.islamonline.net

(2)- د. محمد سمارة – أحكام و آثار الزوجية – شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية ، الطبعة الأولى – إصدار 2002 ص 373.

(3)- إبراهيم أحمد إبراهيم – الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية –القسم 2 - الفرقة و حقوق الأقارب، طبعة 91 ص 311.

و يكون اللّعان إذا إتّهم الزوج زوجته بالزنا أو نفي نسب ولدها إليه و لم يكن له بيّنة على دعواه و لم تصدَقه زوجته و طلبت إقامة حد القذف، أمره القاضي بملاعنتها[1] و مصدر اللّعان في القرآن الكريم في سورة النّور الآية رقم 4.

ب-إجراءات اللعان:

عندما يغلب للزّوج إحتمال خيانة زوجته له، و يريد أن ينفي المولود الذي أتت به بين أدنى و أقصى مدة الحمل أثناء قيام الزوجية، فليس له إلا أن يرفع دعوى اللعان أمام المحكمة فيأمر القاضي الزوج إذا أصرّ على إتّهام زوجته بالزنا بالملاعنة في جلسة سرية بأن يحلف و يقول: *"أشهد بالله أنّي لمن الصادقين فيما رميتها به"* و يكرّر قوله هذا أربع مرات و في المرة الخامسة يقول: *"أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين"* . ثم يأمر الزّوجة بعد ذلك أن تحلف و تقول: *"أشهد بالله أنه من الكاذبين"* و تكرّرها أربع مرّات و في المرة الخامسة تقول: *"أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين"* ، و إذا تم اللّعان بالكيفية المذكورة آنفا يثبت القاضي ذلك في حكمه و يفرق بين الزوجين حالا بتطليقة بائنة و ينفي نسب الولد من الزوج[2].

و من إجتهادات المحكمة العليا في هذا المجال:

-القرار رقم 69798 بتاريخ: 1991/04/23 *"من المقرر شرعا و قانونا أنه إذا وقع اللّعان يسقط نسب الولد ويقع التحريم بين الزوجين..."* .

-القرار رقم 204821 بتاريخ: 1998/10/20: *"من المقرر قانونا أنّ نفي النسب يجب أن يكون عن طريق رفع دعوى اللّعان التي حدّدت مدّتها في الشريعة الإسلامية و الإجتهاد بثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو برؤية الزنا..."* [3].

-القرار رقم 172379 بتاريخ: 1997/10/28: *"و من المقرر قانونا أنّ أقل مدة الحمل هي ستة أشهر و من المقرر أيضا أن الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الإتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة. و من المستقر عليه قضاءا أنه يمكن نفي النسب عن طريق اللّعان في أجل محدد لا يتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل و من الثابت في قضية الحال أن الولد ولد في مدة حمل أكثر من ستة أشهر و أن قضاة الموضوع أخطأوا كثير ا عندما*

(1)- المستشار أحمد نصر الدين الجندي – الطلاق و التطليق و آثارهما، طبعة 2004 ص 439.

(2)- الدكتور عبد العزيز سعد – الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ص 22.

(3)- الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية – عدد خاص سنة 2001 ص 82.

إعتمدوا على الخبرة و وزن الولد و اللّعان الذي لم يتوفر شروطه و الذي لم يتم أمام المحكمة بل أمام المسجد العتيق" (1).

و بالرجوع إلى الإجتهادات السابقة نلاحظ أن المحكمة العليا قد إستقرّت في أن أجل نفي النسب باللّعان لا يتجاوز 08 أيام من يوم العلم بالحمل أو رؤية الزنا إلا أنّها في القرار الصادر بتاريخ: 1985/02/25 ملف رقم: 35934 أخذت موقفا آخر كما يلي: "من المقرر شرعا أن دعوى اللعان لا تقبل إذا أخرت و لو ليوم واحد بعد علم الزوج بالحمل أو الوضع أو رؤية الزنا، و يكون باطلا القرار الذي يقضي قبل البث في الدعوى الخاصة بنفي النسب بتوجيه اليمين لكل واحد من الطرفين، إذا رفع الزوج دعواه بعد مضي 12 يوما من علمه بوضع زوجته حملها"(2).

ج- شروط اللّعان:

يشترط لصحة إجراءات الملاعنة بين الزوجين ما يلي:

-قيام الزوجية بين الزوجين المتلاعنين و هذا الشرط يستوي فيه أن تكون الزوجة مدخولا أو غير مدخول بها،كما أنّ الزواج الفاسد لا لعان فيه لأن الزوجة فيه تعتبر أجنبية(3).

-النطق بألفاظ اللّعان.

-أن يحصل النفي دون أن يكون قد حصل من الزوج إعتراف بالولد صراحة أوضمنا، و من الإقرار الصريح أن يقرّ حال حملها و قبل الولادة بأن الحمل منه و من قبل الإقرار الضمني إعداد معدات الولادة و قبول التهنئة بالمولود(4) و متى حصل ذلك فلا يسوغ للزوج نفي نسب الولد بعد ذلك.

-أن يكون نفي الولد باللعان عند ولادته أو وقت شراء ما يلزم للأم أو الولد أو في مدة التهنئة بالمولود و كل هذه الأمور تدلّ على معاصرة النفي للولادة. و عند الأحناف و الحنابلة لا يصحّ عندهم اللّعان بنفي النسب قبل الوضع لعدم التيقن لإحتمال أن يكون الحمل كاذبا. أما الشافعية و المالكية فقد أجازوا اللّعان قبل الوضع مطلقا، لما صحّ عندهم من نفي الحمل، و يشترط المالكية التعجيل في اللّعان بعد العلم سواء بالحمل أو بالولادة، و هو موقف

(1)- الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص لسنة 2001 ص 70.

(2)- د. بالحاج العربي – مبادئ الإجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا ص 47.

(3)- المستشار نصر أحمد الجندي – النسب في الإسلام و الأرحام البديلة ص 170.

(4)- المستشار عبد العزيز عامر – الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها و قضاءا – النسب، الرّضاع، الحضانة، نفقة الأقارب ص 131.

ا

لإجتهاد القضائي الجزائري، و متى تم اللّعان بالشروط السابق ذكرها يلحق نسب الولد بأمه و لا يعتبر إبنا للزوج فيما يتعلق بحقوق العباد كالنفقة و الإرث، أما فيما يتعلق بحقوق الله عزّ وجلّ يعامل و كأنه إبنه للإحتياط فلا يعطيه زكاته و لا تجوز شهادة أحدهما للآخر إضافة إلى المحرمية بينه و بين أولاده لإحتمال أن يكون إبنه لوجود الفراش كما لا يعدّ مجهول نسب، فلا يصح أن يدّعيه غيره[1].

5- حالات ينتفي فيها النسب دون الملاعنة الشرعية:

-أن تأتي به لدون ستة أشهر من الزواج، فلا يثبت نسبه لتحقق حصول الحمل به قبل الزواج لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر بإتفاق الفقهاء[2]، و في هذه الحالة ينتفي النسب من غير لعان، غير أنّه قد يثبت النسب إذا إدّعى الزوج ثبوته و لم يصرّح بأنّه من الزنا.

-أن يكون الزوج بحيث لا يتصور منه الحمل بأن يكون صغيرا فلا يثبت النسب لأننا تيقنا بأنه ليس منه بيقين لأن الزوج لا يمكنه الوطء و يلحق بهذه الحالة كل من كان مصابا بمرض جنسي يحول دون الإتصال طالما أنه يستحيل معه الإنزال و الإيلاج لأن ذلك قرينة قاطعة على أن الحمل ليس منه.

-عدم التلاقي بين الزوجين بعد العقد، فإذا ثبت أن الزوجين لم يلتقيا، فلا يثبت نسب الولد و هو موقف المشرع الجزائري الذي أخذ برأي مالك و الشافعي و أحمد إلا أن للمحكمة العليا إتجاه آخر ورد في القرار الصادر بتاريخ 1997/07/08 ملف رقم 165408 و الذي جاء فيه "*من المستقر عليه قضاءا أن مدة نفي النسب لا تتجاوز ثمانية أيام، و متى ثبت في قضية الحال أن ولادة الطفل قد تمت و الزوجية قائمة بين الزوجين، و أن الطاعن لم ينف نسب الولد بالطرق المشروعة، و أن لا تأثير لغيبة الطاعن ما دامت العلاقة الزوجية قائمة*" [3].

هذه إذا أهم أحكام اللّعان بإعتباره طريقا شرعيا لنفي النسب لكن يبقى مجرد تصريح للزوجين يحتمل الصدق و الكذب معا. فهل يمكن نفي النسب خارج اللّعان إستنادا على اليقين؟ و هذا ما سنتعرض له بالتفصيل في الفصل الثاني من هذه الدراسة.

ثانيا: نسب الطفل الناتج عن الإخصاب العلمي:

إن المحافظة على النسل مقصد من مقاصد الإسلام الضرورية، لذا شرع الله النّكاح حتى يكون الإخـــتلاط

(1)- المادة 138 من قانون الأسرة - "يمنع من الإرث الرّدة و اللعان".

(2)- الدكتور فراج أحمد حسين – المرجع السابق ص 199.

(3)- المحكمة العليا – غرفة الأحوال الشخصية – المجلة القضائية عدد خاص 2001 ص 67.

بالمباشرة بين الزوجين عن طريق الإخصاب الطبيعي، إلاّ أنه في حالة تعذّر إنجاب الأولاد بصورة طبيعية بسبب ضعف الخصوبة لدى أحد الزوجين أو عقمه الذي يحول دون إتمام الحمل، فقد كشف العلم حديثا إمكانية الحمل بواسطة التلقيح الإصطناعي، كما ثار في الوقت الحاضر في شأن إنجاب الأولاد ما يسمى بأطفال الأنابيب و ذلك بالحصول على البويضة من مبيض المرأة بعملية جراحية، ثم تنمية البويضة المخصبة بعد إكتمال مراحل نموها الأولى في رحم الأم بواسطة إدخال هذا الأنبوب من خلال فتحة المهبل إلى الرحم و قذف البويضة فيه بعد تلقيحها في الرحم ليبدأ الحمل مساره الطبيعي المعروف و سمّيت هذه الطريقة في الإنجاب "بأطفال تحت الطلب" ثم ظهر أخيرا في شأن إنجاب الأولاد ما يسمى بـ "إستئجار الرحم" بمعنى الحمل في رحم الغير[1].

و لقد نظمت الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية حالات اللّجوء إلى هذه الوسائل العلمية و الشروط المتطلبة لذلك. فما هو موقف المشرّع الجزائري من هذه الوسائل العصرية للحمل؟

1- مفهوم التلقيح الإصطناعي و أنواعه:

التلقيح الإصطناعي هو إدخال مني الرجل في رحم إمرأة بطريقة آلية دون أن يتم إتصال بينهما و أوّل ماعرف سنة 1799 قام به (hunter) حيث تعلّق الأمر بزوجين عقيمين بسبب وجود عاهة وراثية بالزوج و تمت العملية بمني هذا الأخير[2].

و تتم عملية التلقيح بأحد الطريقتين:

-التلقيح الداخلي: و تتم هذه الطريقة بحقن الزوجة بمني زوجها في بوق رحمها لإتمام عملية التلقيح لحاجة المرأة إلى هذه العملية لأجل الحمل، و ذلك في حالة ضعف الحيوان المنوي للزوج و قد أجمع مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد بمكة المكرمة على أن هذا الأسلوب هو جائز شرعا بين الزوجين[3].

-التلقيح الخارجي: و هو الحالة التي يتم فيها التلقيح بين مني الرجل و بويضة المرأة في وسط خارج الرحم كأنبوب إختبار أو أي وعاء مخبري و بعد حدوث الإنقسام المناسب الناتج عن إجتماع الحيوان المنوي بالبويضة ثم تعاد الكتلة إلى رحم الزوجة صاحبة البويضة و تستعمل هذه الطريقة عادة إذا كان بالزوجة عقم يمنع و صول البويضة إلى رحمها عندما تكون قناة فالوب لدى الزوجة غير صالحة لإتمام عملية التخصيب بطريقة طبيعية أو لأي

(1)- المستشار أحمد نصر الجندي – النسب في الإسلام و الأرحام البديلة ص 199.

(2)- د. تشوار جيلالي- الزواج و الطلاق تجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم البيولوجية الطبية ص 93.

(3)- د. كارم السيد غنيم – الإستنتاج و الإنجاب بين تجريب العلماء و تشريع السماء ص 85.

سبب آخر و لقد أجازت دائرة الإفتاء المصرية هذه العملية بشرط التأكد من عدم إمكانية إنجاب أطفال مشوّهين

2-موقف المشرّع الجزائري من عمليّة الإنجاب الإصطناعي:

لقد تصدى المشرّع الجزائري للتلقيح الإصطناعي في حالة تعذّر إنجاب الأولاد بصورة طبيعية من أجل تحقيق الرغبة الطبيعية في بناء أسرة متكاملة يكون الأولاد هم بهجتها و أجمل ما ينتج عنها و هذا بموجب تعديل قانون الأسرة بالأمر 02/05 المؤرخ في: 27 فيبراير 2005 حيث أضاف المشرّع المادة 45 مكرّر التي أجازت اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي لكن علّقت ذلك بناءا على عدة شروط كما يلي:

أ- أن يكون الزواج شرعيا، فلا يجوز التلقيح بين شخصين أجنبيين عن بعضهما، كما يجب أن تتم عملية التلقيح أثناء حياة الزوج و أن إعمال هذا الحكم يترتب عليه عدم جواز إجراء عملية التلقيح الإصطناعي بعد فك العلاقة الزوجية بالطلاق أو الوفاة أو الفسخ[1].

ب-أن يتم تلقيح بويضة إمرأة بماء زوجها حيث تخضع عملية التلقيح الإصطناعي إلى القاعدة الشهيرة التي تحكم مسائل النسب على العموم و التي تقول بأن الولد للفراش و للعاهر الحجر و لذلك لا يجوز إجراء عملية التلقيح الإصطناعي لزوجة لقّحت بماء رجل غير زوجها. فمن اللازم دائما في هذه الحالة أن تلقّح الزوجة بذات مني زوجها دون شك في إستبداله أو إختلاطه بمني غيره[2] و في هذا الإطار يقول شيخ الإسلام الإمام جاد الحق: *"فإذا كان تلقيح الزوجة من رجل آخر غير زوجها فهو محرم شرعا، و يكون في معنى الزنا و كل طفل ناشئ بالطرق المحرمة قطعا من التلقيح الإصطناعي لا ينسب إلى الأب و إنما ينسب إلى من حملت به و وضعته بإعتباره حالة ولادة طبيعية لولد الزنا الفعلي تماما"*، و يطرح التساؤل إذا كان رحم الزوجة غير قادر على الحمل فهل يجوز إستئجار رحم إمرأة أخرى لهذا الغرض؟ لقد تصدّى المشرّع الجزائري في المادة 45 مكرّر لعدم جواز التلقيح الإصطناعي بإستعمال الأم البديلة الحاملة للنطفة الأمشاج و بذلك فإن المشرع الجزائري إتّبع موقف الفقه الإسلامي، فقد منع شيخ الأزهر فضيلة الإمام جاد الحق رحمه الله جازما أن ينموا الجنين في رحم إمرأة أجنبية و هذا المنع أساسه منع الوقوع في الحرمة و منع ما يترتب عليه من آثار تضر بالمجتمع و في هذا الإطار تقول الجمعية المصرية للأخلاقيات الطبيّة أنّ تأجير الأرحام دعوة إلى الفاحشة[3]

---

1)- د تشوار الجيلالي – المرجع السابق ص 101.

(2)- د. تشوار الجيلالي – المرجع السابق ص 103.

(3)- المستشار أحمد نصر الجندي – النسب في الإسلام و الأرحام البديلة ص 208.

مع الملاحظة أن ذلك يعد أحد صور الممارسات غير الشرعية في مجال الإخصاب التي تمارس في بعض الدول الأجنبية منذ عشرات السنين مثلها كمثل بنوك الأجنة و بنوك السائل المنوي و الإخصاب بعد وفاة الزوج و كلّها مخالفة للفطرة و السنة الإلاهية في الزواج و الإنجاب.

ج- موافقة الزوجين على عملية إجراء الإنجاب الإصطناعي:

ما دام الإنجاب مشروعا مشتركا بين الزوجين فإن عدول أحدهما عن الموافقة معناه فشل المشروع المشترك، ما دامت الحياة الإنسانية لم تبدأ بعد للبويضة المخصبة.

و هناك شرط آخر تعرض له الفقه الإسلامي و لم يشر إليه المشرع صراحة و هو:

د- توافر حالة الضرورة الملحّة: إن الضرورة هي التي تدفع بالزوجين إلى اللجوء إلى عملية التلقيح الإصطناعي و ذلك إذا إستحال على المرأة أن تحمل من زوجها بالوسيلة الطبيعية و لأنّ الضرورات تبيح المحظورات، فقد أباح الإسلام للزوجين في حالة العقم و ضعف الخصوبة اللجوء إلى هذه العملية.

و بهذا أصل إلى نتيجة مفادها: ينسب الطفل الناتج عن التلقيح الإصطناعي إلى أبيه إذا توافرت الشروط الواردة في المادة 45 مكرر و هو ما أمر به فقهاء الشريعة الإسلامية.

<u>ثالثا:</u> نسب طفل الإستنساخ:

لقد عرف العلم طريقة حديثة للتوالد و ذلك بواسطة إستنساخ الكائنات البشرية و هذه التقنية غير متوافرة في بلادنا إلاَ أن هذا لا يمنعني من دراستها و تبيان الوضعية القانونية و الشرعية لها، و قد بيّنت تجارب الإستنساخ أنّ هذه العملية تحتوي على مخاطر سواء بالنسبة للشخص المستنسخ أو بالنسبة للمجتمع ككل.

1- ماهية الإستنساخ البشري:

يعتبر الإستنساخ البشري حدثا و إكتشافا كبيرا في عصرنا و يتم بأحد الطريقتين:

أ- **الإستنساخ الجيني**: حيث يتم إستخلاص بويضات من المرأة، فتخصّب البويضة الواحدة بأكثر من حيوان منوي، فتحدث عملية الإنقسام في خلية البويضة المخصبة و يتم فصل الخليتين و تغليف كل واحدة بغشاء صناعي يسمح للجنين بالنمو و تواصل البويضة إنقساماتها لتنشأ عنها مجموعة من الأجنّة المتطابقة في جيناتها الوراثية.

ب- **الإستنساخ الخلوي**: حيث تؤخذ خلية من أي إنسان و يتم عزل نواة تلك الخلية الحاملة للصّفات الوراثية

وفق طرق علميّة معيّنة و في المقابل تسحب نواة خلية حية من بويضة إمرأة سليمة أين يتم زرع نواة الخلية الوراثية

للإنسان الأصلي في هذه الوضعية، فتتشكل بويضة جينية تحمل كل الصفات الوراثية للإنسان الأصلي ثم يتم زرعها في رحم أيّ إمرأة[1].

1- حكم طفل الإستنساخ:

إن الإستنساخ له نتائج كارثية على الأسرة حيث يخلق أسرة غير عادية لا تبنى على رابطة الزواج المقدس وإنما على أساس عضوي مخالفة لكل قواعد الطبيعة و هذا ما أدى بي إلى طرح الأسئلة حول نسب من ينتج عن عملية الإستنساخ –إن برزت إلى الوجود–قال الله تعالى: "...أم جعلوا لله شركاء خلقوا كخلقه فتشابه الخلق عليهم قل الله خالق كل شيء و هو الواحد القهّار..."[2].

إن الإستنساخ يخرق مبدأ الزوجية و هو أمر منافي للفطرة السليمة التي فطر الله الناس عليها و لأن الحكمة من الزواج تتجلى في أنه أحسن وسيلة لإنجاب الأولاد و المحافظة على الأنساب. و الإعتماد على هذه التقنية الحديثة للإنجاب ستمكن من الإستغناء عن الرجال نهائيا، إذ يكفي أن تحمل المرأة في رحمها كائنا مستنسخا مهما كانت طبيعة الخلية المستعملة لتلقيح البويضة.

و تجنبا لهذه الأخطار عقدت منظمة المؤتمر الإسلامي عدة لقاءات بين العلماء الأطباء و فقهاء الدين من أجل مناقشة هذه المسألة من خلال الندوة الفقهية الطبية التاسعة المنعقدة بالدار البيضاء في:

14/ 17 يونيو 1997 حيث أعتمد القرار رقم: 100- 02 التالي:

*– تحريم الإستنساخ البشري بالطريقتين المذكورتين أو بأي طريقة أخرى تؤدي إلى التكاثر

*– تحريم كل الحالات التي يقحم فيها طرف ثالث على العلاقة الزوجية سواء كان رحما أو بويضة أو حيوان منوي أو خلية جسدية للإستنساخ.

*– مباشرة الدول لسن التشريعات القانونية اللازمة لغلق الأبواب المباشرة و غير المباشرة للحيلولة دون إتّخاذ البلاد الإسلامية ميدانا لتجارب الإستنساخ البشري.

*–متابعة المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية لموضوع الإستنساخ و مستجدّاته العلمية و عقد الندوات اللازمة لبيان أحكام الشريعة المتعلقة به. و في هذا السياق إرتأى فضيلة الشيخ العلامة الدكتور يوسف القرضاوي ضرورة

(1)- سعيد مقدم – الإستنساخ – مجلة الشروق عدد 314 أسبوع من 18 إلى 24 أوت 97.
(2)- سورة الرعد الآية 16.

الوقوف ضد هذا الإكتشاف العلمي الهدّام مع تشديد العقوبة على من يقوم بعملية الإستنساخ[1].

أما عن موقف المشرع الجزائري فلم يذكر نصا خاصا يمنع فيه الإستنساخ، غير أنه بالرجوع إلى المادة 222 من قانون الأسرة و مما يسبق ذكره من الأحكام المتعلقة بمنع الإستنساخ شرعا فإننا نخلص إلى منعها قانونا. و يرجع سكوت المشرّع الجزائري لكون عملية الإستنساخ حديثة النشأة لم نصل إليها بعد إلا أنه يمكن إستخلاص المنع القطعي لهذه التقنية في الإنجاب من المرسوم 276/92 المتضمن أخلاقيات الطب في المادة 06 منه التي تنصّ على : *"يجب على الطبيب أن يمارس مهامه على أساس إحترام حياة و شخصية الإنسان"* .

<u>الفرع الثاني</u>: نسب الولد بعد الفرقة بين الزوجين:

تتعدد حالات الفرقة بين الزوجين فإما أن تكون بطلاق أو وفاة الزوج أو فقدانه و هذا ما سأفصله فيما يلي:

<u>أولا</u>: ثبوت نسب ولد المطلقة:

1- ثبوت نسب ولد المطلقة قبل الدخول: المطلقة قبل الدخول لا عدّة عليها لقوله تعالى: *"يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسّوهن، فما لكم عليهن من عدة تعتدونها..."* و لأنّ إثبات النسب قائم على الفراش و هذا الفراش لا يتحقق في المطلقة قبل الدخول إلاّ إذا كان هناك تلاق بينهما أو على الأقل إمكانه، و النسب في هذه الحالة يثبت لإحتمال الوطء الذي هو شرط في إثبات النسب[2] بشرط أن تكون الولادة بعد ستة أشهر فأكثر من تاريخ عقد الزواج و أن تكون الولادة خلال ستة أشهر من وقت الطلاق و من ثمة لا يثبت النسب إلاّ إذا ثبت يقينا أن الحمل حصل قبل الفرقة، و إذا جاءت به لتمام ستة أشهر فأكثر فإنه لا يحصل اليقين بحدوث الحمل قبل الفرقة لأنه يحتمل أن تكون حملت به بعد الفرقة لأنّ مدة ستة أشهر تصلح لتكوين الجنين و يحتمل أن تكون حملت من مطلقها و متى وجد الإحتمال فلا يثبت النسب إلاّ إذا إدّعاه و لم يصرح بأنه من الزنا[3].

2-ثبوت نسب المطلقة بعد الدخول: من الناحية القانونية فإن الطلاق لا يثبت إلا بحكم طبقا لنص المادة 49 من قانون الأسرة التي تنص *"لا يثبت الطلاق إلّا بحكم بعد عدّة محاولات صلح يجريها القاضي......"* و ما يؤخذ

(1)- د. تشوار الجلالي – المرجع السابق ص 125.

(2)- المستشار نصر أحمد الجندي – الطلاق و التطليق وآثارهما، طبعة 2004 ص 829.

(2)- د. أحمد فراج حسين – المرجع السابق ص 203.

على المشرع الجزائري أنه لم يفرّق بين المطلقة رجعيا و المطلقة طلاقا بائنا، في حين نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية فرّقوا بينهما و القاعدة في التشريع الجزائري أستنبطها من المادة 43 من قانون الأسرة على أن الولد ينتسب لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الإنفصال و المقصود بمصطلح الإنفصال بالرجوع إلى نص المادة 60 هو الطلاق و هو ما أقرّته الحكمة العليا(1).

إلا أن هذا يصطدم مع المادة 49 من قانون الأسرة التي مفادها أن الطلاق يكون بحكم القاضي و بالتالي فإن حساب مدّة 10 أشهر من أجل إلحاق نسب الولد لأبيه تبدأ من تاريخ صدور حكم الطلاق حتى و إن كانت قد أنجبته خلال مدة أكثر من 10 أشهر من تاريخ الإنفصال الفعلي بين الزوجين و هذا قد يتضارب مع القواعد الأساسية للنسب لكن و أمام عدم وضوح مصطلح الإنفصال فإن القاضي يلجأ للتفسير إستنادا إلى القواعد الأساسية للنسب و إذا كان المشرع لم يفرق بين الطلاق الرجعي و الطلاق البائن فإن فقهاء الشريعة الإسلامية ميّزوا بينهما لكون أن الطلاق الرجعي لا يقطع علاقة الزوجية فور صدوره و إنما تبقى الزوجية قائمة حكما طوال فترة العدة فيجوز للمطلق رجعيا أن يستمتع بمطلقته في عدّتها و يعتبر ذلك رجعة لها. و نميّز بين حالتين:

-أن لا تقرّ المطلقة رجعيا بإنقضاء عدّتها من مطلّقها، فيثبت نسب الولد الذي تلده من المطلق إذا ولدته قبل مضي أقصى مدة الحمل، و في هذه الحالة لا يعتبر المطلّق مراجعا و يحكم بإنقضاء عدة مطلقته بوضع حملها، أما إذا جاءت بالولد بعد أقصى مدة الحمل، فيثبت نسب المولود من المطلق لإحتمال أنها حملت أثناء العدة(2).

-أن تقرّ المطلقة رجعيا بإنقضاء عدتها ثم جاءت بمولود لأقل من ستة أشهر من وقت إقرارها فيثبت نسب الولد من أبيه المطلق رغم إقرارها بإنقضاء عدتها بشرط أن تكون الفترة بين يوم الفرقة الفعلية للزوجين و وضع الحمل لا تتجاوز أقصى مدة الحمل(3) و بذلك يكون كذبها قد ثبت بيقين لأن البطن وقته كانت يقينا مشغولة بالجنين و نتيجة لذلك فإن الإقرار يكون باطلا و تعتبر و كأنها لم تقرّ بإنقضاء عدتها، أما إذا جاءت بالولد لستة أشهر فأكثر من وقت إقرارها بإنقضاء عدّتها فلا يثبت النسب من المطلق.

أما بخصوص الطلاق البائن فإن الزوجة فيه لا يمكن أن يمسّها أي رجل سواء زوجها أو غيره خلال فترة العـــــدّة و فقا لنص المادة 30 من قانون الأسرة و لثبوت نسب الولد لأبيه .يشترط أن تضعه في مدة لا تتجاوز 10 أشهر

(1)- المادة 60 من قانون الأسرة: "عدة الحامل وضع حملها و أقصى مدة الحمل 10 أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة".
(2)- المستشار أحمد نصر الجندي – النسب في الإسلام و الأرحام البديلة – ص 52.
(3)- الدكتور عبد الرحمان الصابوني – شرح قانون الأحوال الشخصية السوري الجزء 2 – الطلاق و آثاره، طبعة 5 ص 173.

من تاريخ الطلاق و إذا تزوجت معتدة الطلاق البائن فولدت لأقل من 10 أشهر منذ بانت و لأقل من ستة أشهر منذ تزوجت فإن الولد للمطلق لأنه لا يمكن أن يكون من الزوج الثاني و هذا ما طرحته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 98/05/19 ملف رقم 193825 "*من المقرر شرعا أن الزواج في العدة باطلا و من المقرر أن أقل مدة الحمل 06 أشهر و أقصاها 10 أشهر و متى تبين في قضية الحال أن الزواج وقع على إمرأة مازالت في عدة الحمل و أن الحمل وضع بعد 04 أشهر من تاريخ الزواج الثاني و أن قضاة الموضوع بقضائهم بإعتبار الطاعنة بنت الزوج الثاني إعتمادا على قاعدة الولد للفراش مع ان الزواج الثاني باطل شرعا فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون و خرقوا أحكام الشريعة الإسلامية*" [1].

<u>ثانيا:</u> ثبوت نسب ولد المتوفى عنها زوجها

نصت المادة 43 من قانون الأسرة أن الولد ينسب إلى أبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الوفاة و هذا لإحتمال أن الحمل كان قائما وقت الوفاة و يكون الفراش قائما وقت الوطء فيثبت النسب إحتياطيا لمصلحة الولد و لا يثبت نسبه لو جاءت به لأكثر من 10 أشهر لأنه أصبح متيقنا حصول الحمل بعد الوفاة.

<u>ثالثا:</u> ثبوت نسب ولد المرأة التي غاب عنها زوجها

بالنسبة للمرأة التي غاب عنها زوجها لسبب من الأسباب كأداء الخدمة العسكرية أو دخوله السجن لإرتكابه جريمة ما و إستمر غيابه مدة تزيد عن عشرة أشهر دون أن يثبت أنه وقع إتصال بين الزوجين و جاءت الزوجة بولد بعد إنقضاء أقصى مدة الحمل منذ غيابه فإن المولود يسند إلى أبيه إلاّ إذا نفاه و لاعن أمّه و هذا ما أشارت إليه المحكمة العليا في القرار المؤرخ في: 1997/07/08 ملف رقم: 165408 "متى تبيّن أن ولادة الطفل قد تمّت و الزوجية قائمة بين الزوجين وأن الطاعن لم ينف نسب الولد بالطرق المشروعة و أنّ لا تأثير لغيبة الطاعن ما دامت العلاقة الزوجية قائمة"[3].

(1)- المستشار عبد العزيز عامر – المرجع السابق ص 54-55.

(2)- الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية – عدد خاص 2001 ص 73.

(3)- الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص 2001 ص 67.

المطلب الثاني: إثبات النسب بالزواج الفاسد و بنكاح الشبهة

الفرع الأول: إثبات النسب بالزواج الفاسد

ألحق الشارع الحكيم و القانون الزواج الفاسد بالزواج الصحيح في ثبوت النسب لأنّ القاعدة أن النسب يحتاط في إثباته إحياءا للولد[1] و هذا بموجب المادة 40 من قانون الأسرة التي تنص: " *يثبت النسب... وبكل نكاح تمّ فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون*".

أوّلا: مفهوم الزواج الفاسد

من مراجعة المواد 32،33،34 يتّضح لي جليا أن المادة الأولى المعدلة بموجب الأمر 02/05 نصت على بطلان الزواج إذا إشتمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد بعد أن كانت تنصّ على فسخ النكاح أي فساده إذا إختل أحد أركانه أو إشتمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد أو تبتت ردة الزوج، أما المادة 33 المعدلة فقد نصت في فقرتها الأولى على بطلان الزواج إذا إختلّ ركن الرضا و في فقرتها الثانية نصت على الزواج الفاسد و بذلك فإن المشرّع فرّق بين بطلان الزواج و فساده، فبالنسبة للزواج الباطل يكون إذا إشتمل عقد الزواج على مانع أو شرط يتنافى و مقتضياته أو إذا إختل ركن الرضا أما الزواج الفاسد فهو الذي فقد شرطا من شروط الصحة[2] المنصوص عليها في المادة 09 مكرّر المتمثلة في أهلية الزواج و الصداق و الولي في حالة وجوبه و الشاهدين مع إنعدام الموانع الشرعية للزواج و هي الحالات التي رتّب المشرّع عليها فساد النّكاح بموجب الفقرة الثانية من المادة 33، حيث يفسخ الزواج قبل الدخول و يثبت بعد الدخول بصداق المثل و في المادة 34 في حالة ما إذا تم الزواج بإحدى المحرمات وفقا للمواد من 23 إلى 30 من قانون الأسرة، حيث يفسخ الزواج قبل الدخول و بعده و يترتب عليه ثبوت النسب و وجوب الإستبراء و هي الحالات التي سبق و أن إعتبرها المشرّع من الموانع الشرعية لعقد الزواج و رتّب عليها بطلان الزواج بموجب المادة 32 من قانون الأسرة، و هذا معناه أن المشرع أخلط مرة أخرى بين الزواج الباطل و الفاسد و رتّب على كليهما ثبوت النسب في حين أن الزواج الباطل عدم و العدم لا يرتّب أي أثر شرعا و قانونا.

ثانيا: شروط ثبوت النسب من الزواج الفاسد

يتحقق ثبوت النسب في فراش الزوجية في النكاح الفاسد بالدخول الحقيقي، لذا تحسب مدة الحمل من

(1)- المستشار أحمد نصر الجندي – النسب في الإسلام و الأرحام البديلة ص 81.
(2)- د. محمد سمارة – المرجع السابق ص 375.

تاريخ الدخول، لأنه لو حسبت من تاريخ العقد لكان في هذا ترتيب آثار على العقد الفاسد، و هو قول جمهور الفقهاء و المشرّع الجزائري في المادة 40 من قانون الأسرة و بالتالي إذا ولدت المتزوجة زواجا فاسدا لأقل من ستة أشهر من حين الدخول الحقيقي فلا يثبت نسبه من الزوج لأنها ولدته بأقل من أقل مدة للحمل، فلا بد أن تكون حملت به قبل أن تصير زوجة في العقد الفاسد، أما لو أتت به لستة أشهر فأكثر من تاريخ الدخول فإنّه يثبت نسبه من الزوج. أما أقصى فترة الحمل بالنسبة للزواج الفاسد فإنها تحسب من تاريخ التفريق بين الزوجين، فإذّا جاءت الزوجة بولد قبل مضي عشرة أشهر إعتبارا من يوم التفريق ثبت نسبه من أبوه[1] ويرى الحنفية أن الولد إذا ثبت نسبه بالزواج الفاسد فلا يمكن نفيه أصلا، لأن النفي يستدعي اللعان وهو لا يكون إلا بين زوجين في عقد زواج صحيح إستنادا إلى الآية الكريمة الواردة في الذين يرمون أزواجهم وهذا معناه أن الفراش الثابت بالدخول الحقيقي في الزواج الفاسد أقوى من الفراش الثابت بالزواج الصحيح لأن هذا الأخير يمكن نفي النسب الثابت به وفقا للشروط المذكورة سابقا[2] .

<u>الفرع الثاني:</u> إثبات النسب عند الوطء بشبهة

ما يعاب على نص المادة 40 من قانون الأسرة أن المشرع أقرّ بثبوت النسب بنكاح الشبهة و بكل نكاح فاسد، و بالتالي المعنى الظاهر أن نكاح الشبهة شيء و النكاح الفاسد شيء آخر وهذا المعنى فاسد و غير صحيح لأن النكاح الفاسد ما هو إلا نوع من أنواع نكاح الشبهة، ومن هنا أرى أن المشرّع إختلطت عليه الأمور إذ كان عليه أن يتكلم عن الوطء بشبهة بدلا من النكاح بشبهة مادام أنه أقرّ بثبوت النسب بالنكاح الفاسد في النص ذاته وهذا هو المعمول به فقها و عليه فإنه لا مناص إذا من إعادة صياغة المادة 40 من قانون الأسرة بحيث تصبح على النحو الآتي: *"يثبت النسب بالزواج الصحيح و بالزواج الفاسد و بالوطء بشبهة ..."*

<u>أولا:</u> تعريف الوطء بشبهة

المقصود بالشّبهة الأمر الذي يشبه الثابت وهو ليس بثابت فيه و أصل ذلك قوله صلى الله عليه وسلم:

"إدرءوا الحدود بالشبهات ما إستطعتم". و الوطء بشبهة هو الإتّصال الجنسي غير الزنا يقع خطأً بسبب غلط يقع فيه الشخص و قيل هو وطء حرام لا حدّ فيه و الشبهة قد تكون شبهة الفعل أو شبهة الملك أو شبهة العقد.

(1)- د. بالحاج العربي – الوجيز في شرح قانون الآسرة الجزائري – الجزء الأول - الزواج و الطلاق ص 195.

(2)- إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم – المرجع السابق ص 314.

ثانيا: أقسام الوطء بشبهة و قواعد إثبات النّسب فيها

1- شبهة الفعل: و فيها يعتقد الشخص حل الفعل و يظنّ في نفسه أن الحرام حلال فالواطئ هنا ظنّ حل الوطء و لذلك كانت الشبهة في الفعل و ليست في محل الوطء كأن يأتي الزوج زوجته التي طلّقها ثلاثا في العدة و على ذلك فإن النسب لا يثبت سواء ظن الحل أو قال أنه علم بالحرمة لأن هذا الأمر متعلق بالفاعل نفسه، إذ الفعل في ذاته لا شبهة مطلقا في أنه زنا و كونه كذلك سيتتبع عدم ثبوت النسب لأن الزنا لا يثبت به النسب البتّة(1) و لبعض الفقهاء إعتراض فيمن زفّت له غير إمرأته و قيل له هذه إمرأتك فوطئها و مع أن هذه عندهم شبهة في الفعل فإن النسب يثبت للواطئ(2).

2- شبهة المحل أو الملك: و هي عكس شبهة الفعل لأن للواطئ في هذه الحالة ملكا و تنشأ هذه الشبهة عن دليل مثبت للحل في المحل و هذا الدليل ينفي الحرمة مع وجود دليل آخر يحرّم الفعل نفسه غير أن وجود الدليل الآخر يورث شبهة في حكم الشرع فيما يتعلق بهذا التحريم و يضرب الفقهاء مثلا بقولهم من وطئ أمة ولده لا يجب عليه الحد و لقيام الشبهة في المحل و هو الأمة الموطوءة فقد قال صلى الله عليه و سلم: *"أنت و مالك لأبيك"* فالفعل في حد ذاته ليس بالزنا لوجود الشبهة في المحل و الحكم، و يثبت النسب للولد الحاصل في الوطء بشبهة بناءا عليها إن إدّعاه الواطئ(3).

3- شبهة العقد: كالعقد على إمرأة و بعد الدخول تبيّن أنها من المحرمات وهو ما نصّ عليه المشرّع الجزائري في المادة 34 من قانون الأسرة، و مثال هذا النوع من الشبهات أن يتزوج شخص أمّه أو أخته و يدخل بها بناءا على ذلك أو خامسة على أربع في عصمته و فيها يسقط الحد عن الفاعل و إن قال علمت أنها عليّا حرام و أمّا عند أبي يوسف و محمد فإن الحد لازم و لا يثبت النسب إن كان يعلم بالحرمة لأن الفعل صار زنا(4).

و بالرجوع إلى القانون الجزائري فإن المشرع إعتبر النكاح بشبهة سبب من أسباب ثبوت النسب من غير أن يفرّق بين شبهة و شبهة بقوله: *"يثبت النسب بالزواج الصحيح ... و بنكاح الشبهة..."* في نص المادة 40 من قانون الأسرة و بالرجوع إلى نص المواد 40، 42 من قانون الأسرة التي أوجبت مراعاة المدة القانونية في أقل و

---

(1)- الامام محمد أبو زهرة – المرجع السابق ص 145.

(2)- المستشار عبد العزيز عامر – المرجع السابق ص 85.

(3)- المستشار عبد العزيز عامر – المرجع السابق ص 87.
(4)- د. بالحاج العربي – المرجع السابق، ص 197.

أقصى مدة الحمل حتى يكون النسب ثابت في نكاح الشبهة، و عليه إن خالط الرجل إمرأة بشبهة كان الفراش ملحقا بالفراش الصحيح و الذي يعتبر فراش قوي يثبت به النسب من غير توقف على دعوة من الرجل.

بعد أن تطرقت في المبحث السابق لطرق إثبات النسب المنشئة، سوف أتطرّق في المبحث التالي للإقرار كدليل إثبات كاشف للنسب كما يلي:

المبحث الثاني: إثبــات النّسب بالإقــــرار

إذا كان الفراش في المرتبة الأولى لإثبات النسب على نحو ما سبق بيانه، فيأتي بعد الفراش في المرتبة الثانية إقرارالشخص بثبوت النسب إليه وفقا لنص المادة 40 من قانون الأسرة التي تنص: *"يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار ...."* و يعدّ الإقرار أحد الطرق الغير مباشرة أو الكاشفة للنسب لأنّ المقر يخبر بالحق لغيره و لا ينشئ ذلك الحق و معنى الإقرار بالنسب إخبار الشخص بوجود القرابة بينه و بين شخص آخر[1] و تتنوع القرابة إلــى:

- قرابة مباشرة: و هي الصلة القائمة بين الأصول و الفروع لدرجة واحدة كالبنوّة و الأبوّة و العمومة.

-قرابة غير مباشرة: و هي قرابة الحواشي الذين يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهما فرعا للآخر كالأخوة و العمومة.

المطلب الأول: أنواع الإقرار المثبت للنّسب

يتّضح مما سبق أن الإقرار بالنسب يتنوع إلى نوعين:

الأول: إقرار الشخص بالنسب على نفسه.

الثاني: إقرار الشخص بالنسب على الغير.

و هذا ما نص عليه المشرّع الجزائري بموجب المادتين 44–45 من قانون الأسرة و من تحليل نص المادتين يتّضح أن القانون أباح للشخص أن يدعي نسبة شخص آخر منه[2]. و هذا ما أكدّته المحكمة العليا في القرار رقم: 302430 بتاريخ: 98/12/15 كما يلي:*"من المقرّر شرعا أنه يثبت النسب بالإقرار لقول خليل في باب أحكام الإقرار: " ... ولزم الإقرار لحمل في بطن إمرأة... إلخ". كما أن إثبات النسب يقع التسامح فيه ما أمكن لأنه من حقوق الله فيثبت حتى مع الشك و في الأنكحة الفاسدة طبقا لقاعدة إحياء الولد ...."* [3].

---

(1)- د. محمد نبيل سعد الشاذلي – أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي – دار النهضة العربية – القاهرة، طبعة 89 ص 349.

(2)-د. فضيل سعد الشاذلي شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق - الجزء الاول – المؤسسة الوطنية للكتاب ص 216.
(3)- المحكمة العليا – غرفة الأحوال الشخصية – المجلة القضائية عدد خاص 2001 ص 77.

الفرع الأول: الإقرار بالنسب على النفس

إنّ إقرار الشخص بالنسب على نفسه هو الأصل في الإقرار بالنسب و لذلك يقول الفقهاء أنه *"الإقرار بأصل النسب"* (1) و هذا يكون بالولد الصلبي إبنا أو بنتا و بالوالدين المباشرين له كأن يقول هذا إبني أو أبي و هذه إبنتي أو أمي. و نصّ عليه المشرع بالمادة 44 من قانون الأسرة بقوله *"يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، أو الأبوة أو الأمومة، لمجهول النسب و لو في مرض الموت متى صدّقه العقل أو العادة"* .

و إنطلاقا من نص المادة فإنه يشترط لثبوت النسب في حالة الإقرار بالبنوة الشروط الآتية:

1- أن يكون المقرّ له بالبنوة مجهول النسب حتى يمكن إثبات بنوّته للمقر، فلو كان له نسب معروف لم يصح الإقرار، و نسبه الثابت قبل الإقرار لا يقبل الفسخ(2) و يلاحظ أن ولد المتلاعنين، و إ ن حكم بنفي نسبه من الزوج الملاعن إلا أنه يعتبر في حكم ثابت النسب فلا يثبت نسبه بإقرار غير الملاعن لجواز أن يكذّب الملاعن نفسه فيثبت نسبه منه و لأن في قبول هذا الإقرار تسجيلا للفاحشة على المرأة(3).

2- ألّا يذكر المقر أنه ولد من الزنا لأن الزنا جريمة لا تصلح أن تكون سببا للنسب الذي هو نعمة من نعم الله التي إمتنّ بها على عباده، يقول جل شأنه: *"و الله جعل لكم من أنفسكم أزواجا و جعل لكم من أزواجكم بنين و حفدة..."* [النحل الآية 72].

3- أنّ يكون المقر له بالبنوة ممّا يولد لمثل المقر بأن تكون سنّهما تحتمل ذلك، فلو كان في سنّيين متساويين أو متقاربين بحيث لا يولد أحدهما للآخر، بطل الإقرار لإستحالة هذه الولادة و لا يثبت النسب(4).

4- أن يصدّق المقر له المقر في هذا الإقرار إن كان مميزا أهلا للمصادقة لأن الإقرار حجّة قاصرة على المقر فلا يتعدى إلى غيره إلا ببينة أو تصديق من الغير و هذا الإقرار يتضمن دعوى البنوّة على المقر له، و يترتب على هذا النسب حقوق لكل من المقر و المقر له على الآخر. و إذا كان المقر له غير مميز ثبت النسب دون حاجة إلى تصديق لأن هذا الإقرار فيه منفعة أدبية لهذا الصغير بإثبات نسبه بعد أن كان مجهولا و منفعة مادية غالبا لحاجته إلى من يقوم بشؤونه و الإنفاق عليه و إذا بلغ و أنكر هذا النسب فلا يسمع لأن النسب متى ثبت لا يقبل الإبطال من

---

(1)- د. يوسف قاسم حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي – دار النهضة العربية – القاهرة 92 ص 390.
(2)- الإمام محمد أبو زهرة – المرجع السابق ص 396.

(3)- www.islamonline.net.

(4)- أحمد محمد الشافعي – المرجع السابق ص 155.

الأب أو الإبن مع الملاحظة أن المادة 44 لم تشترط تصديق المقر له بالبنوة سواء كان مميزا أو غير مميز. فإذا توافرت هذه الشروط ثبت النسب و صار المقر له إبنا للمقر من ثمة تكون له جميع ما للأبناء من حقوق على والديهم و منها النفقة و الميراث.

كما يثبت نسب الولد من الرجل الذي يقر بأبوته يثبت نسبه من المرأة التي تقر بأمومتها له إذا توافرت الشروط التي أوضحناها ما عدا الشرط الثاني حيث يثبت النسب و لو أقرّت بأنه إبنها من غير زواج لأن ولد الزنا يثبت نسبه من أمه و إن كان لا يثبت نسبه ممّن زني بها[1] و يقتصر النسب عليها إذا لم تكن زوجة و لا معتدّة، أما إذا كانت المرأة المقرّة زوجة، فإذا أقرت أن الولد إبنها من زوجها، فلا يثبت النسب من زوجها إلا إذا صدّقها الزوج في ذلك الإقرار لأن إقرارها في هذه الحالة يتضمن تحميل النسب على غيرها و هو الزوج فإن صدقها أو أقامت البينة على أن الولد ولد على فراشه ثبت النسب منهما معا.

و قد أشارت المحكمة العليا إلى الإقرار بالأمومة في القرار رقم: 51414 المؤرخ في: 1998/12/12 "*من المقرر قانونا أن النسب يثبت بالإقرار بالأمومة متى كان هذا الإقرار صحيحا...، ولما كان من الثابت – في قضية الحال – أن أم المطعون ضده إعترفت بأنه إبنها و أن إعترافها كان صحيحا*" [2].

و كما يصحّ إقرار الرجل و المرأة يصحّ إقرار الولد بأبوة شخص معين أو بأمومة إمرأة معينة و يشترط فيه كذلك ما يشترط في الإقرار بالبنوة، فيجب أن يكون المقرّ مجهول النسب و أن يولد مثله لمثل المقرّ له و أن يصدّقه المقر له مطلقا و يزيد إقراره بالأبوة ألا يصرّح بأنه أبوه من الزنا[3].

<u>الفرع الثاني:</u> إقرار الشخص بالنسب على الغير

و يكون الإقرار بالنوع الثاني من القرابة و يسمى الإقرار بفرع النسب كالإقرار بالأخوة و العمومة فإذا قال هذا أخي كان إقرارا بالنسب على أبيه لأن معناه هذا إبن أبي و إذا قال هذا أخي كأن إقرارا بالنسب على جده لأن معناه هذا إبن جدي وهكذا بقيّة القرابات. وهذا الإقرار يتضمن أمرين:

1-تحميل النسب على الغير .

2-إستحقاق المقر له في مال المقر عليه بعد وفاته.

---

(1)- عبد العزبز عامر – المرجع السابق ص 99.

(2)- د. بن الحاج العربي – مبادئ الإجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا ص 52.

(3)- عبد العزيز عامر – المرجع السابق ص 98.

ولقد تطرق المشرع الجزائري إلى هذا النوع من الإقرار في المادة 45 من قانون الأسرة التي تنص على: *"الإقرار بالنسب في غير البنوة و الأبوة و الأمومة لا يسري على غير المقر إلّا بتصديقه"* أي أن الإقرار الذي فيه تحميل النسب على الغير فلا يصلح وحده لأن يحتجّ به ولا يكون وحده كافيا لإثبات النسب بل يجب إضافة للشروط السابقة الواردة في الإقرار بأصل النسب تحقق أحد الأمرين:

أولهما: أن يصدّقه المقر عليه بالنسب و لا يكون لإقرار المقر هنا أثر في ثبوت النسب بل يعتبر تصديق المقر عليه إقرارا مبتدءا بالنسب.

ثانيهما: أن يقيم المقر بيّنة على دعواه أو أن يصدّقه ورثة المقر عليه بعد وفاته لكن يرى بعض الفقهاء أن تصديق الورثة دعوة المقر بيّنة، فيثبت النسب فيها بالبينة لا بالإقرار و هو النوع الثالث من مثبتات النسب. فإذا أقرّ بعض الورثة، و أنكر البعض الآخر، فلا يثبت النسب و قال الحنفية أن إقرار إثنان من الورثة يثبت به النسب لأنهما بيّنة[1] و بالتالي فالإقرار بالأخوة أو العمومة مثلا يشترط فيه أن يصدّقه المقر عليه، أي الأب عند الإقرار بالأخوة و الجد عند الإقرار بالعمومة أو يقيم المقر بيّنة على إقراره.

و في حالة وفاة من أقرّ بنسب فيه تحميل على الغير فإن الأمر لا يخلوا من أحد الفرضين:

الأول: أن يكون من غير وارث – كأن يتوفّى من أقرّ بأخ من غير وارث أصلا – في هذه الحالة يرثه المقر له بالأخوة نظرا لعدم وجود مزاحم له.

الثاني: أن يتوفى المقر بالأخوة عن وارث له في هذه الحالة يكون ميراث المقر لوارثه – دون المقر له – لأن الوارث هنا وارث بيقين، فيكون حقه في الميراث ثابتا بيقين كذلك فلا يجوز إذن التعدي عليه بتوريث غيره معه ممن يكون مشكوك فيه، لعدم ثبوت نسبه[2].

أما إذا توفّي المقر عليه كأن يكون أبو المقر بالأخوة مثلا و ترك أولادا و لم يصدّقه واحدا منهم في إقراره فإن المقر له لا يرثه و لكن يشارك المقر فيما يرثه من تركة أبيه معاملة له بمقتضى إقراره[3].

الفرع الثالث: دعاوى النسب

يختلف الحال في دعاوى النسب بين أن تكون الدعوى فيها تحميل النسب على الغير و بين أن تكون ليس

(1)- د. محمد سمارة – المرجع السابق، ص 378.

(2)- المستشار أحمد نصر الجندي – النسب في الإسلام و الأرحام البديلة ص 167.
(3)- د. أحمد فراج حسين – المرجع السابق ص 210.

فيها تحميل النسب على الغير.

أولا: الدعوى التي لا يكون فيها تحميل النسب على الغير

تقبل دعوى النسب مجرّدة إذا كان المدعى عليه على قيد الحياة، فهي تقبل مباشرة إذا رفعت من الأب لإثبات بنوّة الإبن أو العكس الإبن لإثبات أبوته لأنها تخصّهم شخصيا، أما إذا كان المدعى عليه ميّتا فإن دعوى النسب لا تقبل إلا ضمن حق آخر كحق الميراث و يكون الخصم في ذلك من تحت يده التركة من وارث أو وصي أو موصى له أو دائن قد وضع يده عليها ومرّد ذلك أن المدعى منه النسب غائب و الدعوى على الغائب لا تقبل إلّا ضمن دعوى أخرى على حاضر[1]

ثانيا: الدعوى التي فيها تحميل النسب على الغير

لا تقبل الدعوى المجردة بما يتفرّع عن أصل النسب كدعوى الأخوة و العمومة، كمن يرفع الدعوى على شخص يدّعى فيها أنه أخوه من النسب، ويقتصر في دعواه على هذا الطلب فلا تقبل هذه الدعوى لأن فيها تحميل النسب على الغير وهو هنا الأب وهو غير ممثل في الدعوى، ولكي تقبل منه لابد أن تكون ضمن دعوى حق آخر على شخص آخر غير المطلوب إلحاق النسب له[2] كأن يرفع الدعوى يطلب الميراث له، فينكر المدعى عليه صفته التي يستند عليها في الميراث، فإن على المدعي أن يثبت دعواه وعليه أن يدحض هذا الدفع، فيثبت نسبه من المتوفى الذي يريد حصته في تركته مثلا ولو كان الخصم الحقيقي في النسب ليس ممثلا لأن المقصود الأصلي هو الحق المترتب على ثبوت النسب، إذ أن الإنتساب للميّت ليس هو المقصود بذاته، بل هو وسيلة لإثبات الحق المتنازع فيه و الخصم في هذه الحالة ليس من حمل عليه النسب، بل هو كل من له أو عليه حق في التركة كالورثة وقد يكون الوصي أو الموصى له وقد يكون الدائن أو المدين...[3]

المطلب الثاني: حكم التّبني و اللقيط إتجاه الإقرار

إن الإقرار بالبنوة هو إعتراف حقيقي لشخص مجهول النسب، فهو يعترف ببنوّة ولد مخلوق من مائه فيكون إبنا له ثابت النسب منه وليس له نسب آخر يتساوى مع إبنه الثابت نسبه بالفراش لا فرق بينهما إلا في طريق الإثبات، فتثبت له كافة الحقوق الثابتة للأبناء من نفقة وإرث و حرمة المصاهرة، و إحتمال أنه كاذب في الواقع لا

(1)- المستشار عبد العزيز عامر – المرجع السابق ص 108.

(2)- المستشار أحمد نصر الجندي – النسب في الإسلام و الأرحام البديلة ص 128.

(3)- د. صالح حنفي – قضاء الأحوال الشخصية – دار الكتاب العربي – القاهرة ص 290.

يلتفت إليه لأنه لا يوجد ما يثبت كذبه، فالظاهر يصدّقه و الله يتولى سرائره. أما التّبني المعروف في البلدان الغربية فهل يثبت النسب منه؟

الفرع الأول: حكم التبني

التبني هو عقد ينشئ بين شخصين علاقات صورية و مدنية محضة لأبوّة و بنوّة مفترضة[1] أي أنه إستلحاق شخص ولدا معروف النسب لغيره أو مجهول النسب كاللّقيط و يصرّح أنّه يتّخذه ولدا له مع كونه ليس ولدا له في الحقيقة و قد كان سائدا في الجاهلية حيث كانوا يجعلونه كالإبن الحقيقي و لقد قضى عليه الإسلام بقوله تعالى: *"و ما جعل أدعيائكم أبنائكم ذلكم قولكم بأفواهكم و الله يقول الحق و هو يهدى السبيل، أدعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله..."* [الأحزاب الآية 4-5]. و قد أمر الله تعالى رسوله عليه الصلاة و السلام بأن يتزوّج من زينب بنت جحش و هي مطلقة زيد الذي تبنّاه رسول الله صلى الله عليه وسلم حيث قال الله تعالى: *"فلما قضى زيد منها وطرا زوجناكها لكي لا يكون على المؤمنين حرج في أزواج أدعيائهم إن قضوا منها وطرا"* و قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: *"من إدّعى إلى غير أبيه فعليه لعنة الله و الملائكة و الناس أجمعين، لا يقبل الله منه يوم القيامة صرفا و لا عدلا"* رواه البخاري. و بإبطال الإسلام لعادة التبني، ردّ علاقة النسب إلى أسبابها الحقيقية[2].

و لقد إتّفقت أغلب القوانين العربية على تحريم التبني إلا أن المشرع التونسي قد خرج عن هذا الإجماع و ذهب إلى ما ذهبت إليه القوانين الغربية مثل فرنسا[3] في إجازة التبني و ذلك بمقتضى القانون رقم 27 لسنة 1998 المنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية التونسية عدد 19 في الفصلين الثامن و الثالث عشر.

أما القانون الجزائري فإنه يمنع التبني من خلال نص المادة 46 من قانون الأسرة التي تنص: *"يمنع التبني شرعا و قانونا"* *و هذا ما أكّدته المحكمة العليا وفقا للقرار رقم: **103232** المؤرخ في: **1995/05/02** "من المقرر قانونا أن التبني ممنوع شرعا و قانونا و ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج و أمكن الإتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة، و حيث إنحصر طلب الطاعنين –الحالّيين- في إبطال التبني الذي أقامه المرحوم (ط.ن) فإن قضاة الموضوع عندما ناقشوا الدعوى و كأنها تتعلق بنفي النسب و طبّقوا قاعدة (الولد للفراش) فإنهم قد أساءوا التكّييف"* [4].

---

(1)- د. أحمد فرّاج حسين – المرجع السابق ص 210.

(2)- مولاي ملياني بغدادي- حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية، طبعة عام 1997 ص 93.
(3)- أنظر المواد من 343 إلى 367 من القانون المدني الفرنسي.
(4)- الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية – عدد خاص لسنة 1995 ص 99.

و في نفس الإتّجاه صدر قرار آخر جاء فيه *"من المقرر أنه يمنع التبني شرعا و قانونا .... و متى تبين في قضية الحال أن المطعون ضده لم يكن إبنا شرعيا للمتبني، فإن للمدّعية الحق في إخراجه من الميراث ...."* [1].

و يتبيّن من خلال ذلك أنه لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يدّعي مواطن جزائري نسب مولود إليه بطريق التبني و يقوم بتسجيله على لقبه في مصالح الحالة المدنية مباشرة أمام ضابط الحالة المدنية و لا بموجب حكم قضائي و كل تصرّف مخالف لذلك يمكن أن يعاقب فاعله بإتهامه بالتزوير و معاقبته بمقتضى قانون العقوبات[2]. و إذا كان الشارع قد حرّم التبني لما فيه من المفاسد، فلم يغلق باب الإحسان و جعل للشخص إذا وجد طفلا يائسا محروما أن يتولاه برعايته و يأخذه ليربيه و ينفق عليه و قد أقّر القانون نظاما بديلا للتبني يقوم على الكفالة القانونية أين يلتزم الكافل بتقديم العناية و الرعاية للقاصر مع توفير الشروط المادية و المعنوية التي يتمتع بها الولد الشرعي و نص المشرع الجزائري على الكفالة في المواد من 116 إلى غاية 125 من قانون الأسرة. و الكفالة هي إلتزام على وجه التّبرع بالعناية بولد قاصر من نفقة و تربية و عناية قيام الأب بإبنه و تتم بعقد أمام المحكمة أو أمام الموثق مع إحتفاظ الولد بنسبه الأصلي إذا كان معلوم النسب و إن كان مجهول النسب تطبّق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنيّة[3]. إلّا أن الإشكال الذي يطرح في موضوع الكفالة هو ما ورد في المرسوم التنفيذي رقم 24/92 المؤرخ في: 13 يناير 1992 المتمم للمرسوم 71-157 المؤرخ في: 03 يونيو 1971 المتعلق بتغيير اللقب، حيث خوّل المشرع للكافل مكنة تغير لقب الصبي حسب المادة 2/1 : *"كما يمكن أن يتقدم الشخص الذي كفل قانونا في إطار الكفالة ولدا قاصرا مجهول النسب من الأب أن يتقدم بطلب تغيير اللقب بإسم هذا الولد و لفائدته و ذلك يقصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي، و عندما تكون أم الولد القاصر معلومة و على قيد الحياة فينبغي أن ترفق موافقتها المقدمة في شكل عقد شرعي بالطلب"* .

إن ما يمكن قوله أن هذا المرسوم أحدث ضجة كبيرة عند صدوره سواء من رجال الدين أو من رجال القانون لإعتباره مخالفا للشريعة الإسلامية و ما أقرّه قانون الأسرة في مسألة التبني. إلّا أنه يمكن إيجاد الحل الشرعي لتطبيق هذا المرسوم تماشيا مع أحكام الشريعة الإسلامية و ذلك بأنه بدلا من أن يلحق نسب مجهول النسب إلى نسب الكافل كما ورد في المرسوم بإمكان رئيس المحكمة الذي يعرض عليه طلب تغيير اللقب أن يصدر أمرا يتضمن

(1)- قرار في 1994/06/25 ملف رقم 29761 – المجلة القضائية عدد خاص 2001 ص 15.
(2)- عبد العزيز سعد – الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، الطبعة الثالثة لسنة 2002 ص 220.
(3)- د. بالحاج العربي – المرجع السابق ص 201.

تعديل اللقب مع الأمر بتقييده في سجلات الحالة المدنية بإضافة عبارة "مولى"[1] على هامش شهادة ميلاد المكفول ليكتب فلان مولى فلان وبهذا نضع حدا لعدم تطابق المرسوم السابق مع أحكام الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة صيانة لحقوق الأطفال مجهولي النسب حتى يكون لهم مركز قوي في المجتمع. فإذا كان المشرع لا يثبت نسب الولد المتبنى، فما هو الشأن بالنسبة للّقيط؟

الفرع الثـــاني: حكم اللقيط

اللقيط هو مولود حديث العهد بالولادة لا يعرف له أب و لا أم، طرحه أهله خوفا من الفقر أو فرارا من تهمة الزنا أو لغير ذلك من الأسباب و إذا أقّر أحد نسب اللّقيط منه ثبت نسبه منه، ما دامت شروط الإقرار مستوفاة. أما عند المالكية فإن اللّقيط لا يثبت نسبه من المقر إلا إذا تبين المقر وجها شرعيا له و هو ما أخذ به المشرع الجزائري، و الذي أحاط فئة اللقطاء بعناية وافرة، حيث كلف كل من وجد لقيطا بأن يسلمه إلى رجال الشرطة و هؤلاء يسلّمونه إلى إحدى دور الرعاية الإجتماعية المعدّة لإستقبال اللّقطاء لصيانته و تربيته ما لم يوافق على أن يتكفل به، و طبقا للمادة 67 من قانون الحالة المدنية على كل من وجد مولودا حديثا أن يصرّح به لضابط الحالة المدنية التابع لمكان العثور عليه و يعاقب القانون على عدم القيام بذلك بموجب المادة 442 فقرة 3 من قانون العقوبات.

و نخلص من خلال دراستنا لهذا المبحث أن الإقرار بإعتباره طريقا مثبتا للنسب يحقق مصلحة إجتماعية و هي إلحاق مجهول النسب بمن يدّعيه، و بالرغم من ذلك إلّا أنه لا يرقى إلى درجة الدليل الكامل، بحيث ترجّح عليه البينة التي تعدّ الطريق الثالث لإثبات النسب و التي سأتناولها في المبحث التالي:

المبحث الثالث: البّينة و أثارها في إثبات النسب

تعتبر البينة إحدى طرق إثبات النسب شرعا و قانونا بإتّفاق العلماء، كما ذكر ذلك إبن القيم، حيث قال: *"فأما ثبوت النسب فجهاته هي الفراش و الإستلحاق و البّينة و القافّة فالثلاثة الأولى متفق عليها..."* [2].

و البّينة لغة من التّبين بمعنى الوضوح أي الدليل و الحجة، أما معناها الشرعي فقد عرّفها علاء الدين الطرابلسي بأنها *"إسم لكل ما يبّين الحق و يظهره و سمى النبي صلى الله عليه و سلم "الشهود بينة لوقوع البيان بقولهم و إرتفاع الإشكال بشهادتهم"* و ذهب الحنفية و جمهور الفقهاء إلى أن البينة هي الشهود لأن بهم يبين الحق و يظهر[3].

(1)- د. بالحاج العربي – المرجع السابق ص 202.
(2)- إبن القيم الجوزية – زاد المعاد في هدي خير العباد - دار الكتب العلمية بيروت، طبعة أولى 1985 الجزء 4 ص 158.
(3)- خليفة علي الكعبي - البصمة الوراثية و أثرها على الأحكام الفقهية – دار الجامعة الجديدة للنشر ص 179.

و إنطلاقا من هذا الطرح، فيما يتمثّل مفهوم البيّنة في مجال النسب وفقا للمشرّع الجزائري و ما حجيّتها مقارنة بالإقرار؟ هذا ما سأوضّحه فيما يلي:

المطلب الأول: مفهوم البيّنة في مجال النسب و أنواعها

الفرع الأول: مفهوم البيّنة في مجال النسب

إنطلاقا مما سبق يتضح أن للبيّنة معنيان:

أولا: البيّنة بمعنى الدليل: و هي الحجّة أو البرهان و هو تعريف نظري مناسب للبيّنة لأنها ترشد إلى الصواب و الإقناع، و الدليل على ذلك قوله تعالى: *"...لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب و المشركين منفكّين حتى تأتيهم البينة..."* [البيّنة آية 01].

و قد قال إبن القيم: *"إن البيّنة لم تأت قط في القرآن مرادا بها الشاهدان، و إنما أتت مراد بها الحجّة و الدليل و كذلك قول النبي صلى الله عليه و سلم: "البيّنة على المدّعي" و لا شكّ أن بعض القرائن أقوى بكثير من الشهادة، لأن الشهادة يمكن أن يتطرق إليها الوهم و الكذب ..."*.

ثانيا: البينة بمفهوم الشهادة: و يقصد بها قيام شخص من غير خصوم الدعوى بالإخبار أمام القضاء عمّا أدركه بحاسة من حواسه، كالسمع أو البصر بشأن الواقعة المتنازع عليها، أي أن الشاهد يخبر بواقعة صدرت من غيره و يترتب عنها حق لغيره[1] و قد وردت في القرآن الكريم في قوله تعالى: *"و إستشهدوا شهيدين من رجالكم، فإن لم يكونا رجلين، فرجل و إمرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى ..."*.

و قد أورد المشرع الجزائري البيّنة في المادة 40 من قانون الأسرة و إعتبرها إحدى طرق الإثبات التي يمكن من خلالها للشخص أن يأتي بالدليل القاطع على أن المولود هو إبنه الصّلبي. و لكن بالرجوع إلى التعديل الأخير في نص المادة 40 بموجب الأمر 02/05 حيث إستحدث المشرع في الفقرة الثانية الطرق العلمية و إعتبرها طريقا مستقلا عن البيّنة في مجال إثبات النسب مما يفهم منه أن المشرع يقصد بالبيّنة المعنى الخاص، أي شهادة الشهود.

و بالرجوع إلى الإجتهاد القضائي خصوصا إلى القرار الصادر بتاريخ: 1999/06/15 تحت رقم: 222674[2] و الذي رفض إعتماد فحص الدم كدليل مثبت للنسب مما يؤكد أن المشرع إعتمد البينة بمفهوم الشهادة و ليس المعنى الذي يشمل أي دليل يوصل إلى الحقيقة.

(1)- محاضرات الأستاذ الدكتور ملزي عبد الرحمان – الإثبات في المواد المدنية – ألقيت على الطلبة القضاة – الدفعة 16 ص 33.
(2)- الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية – عدد خاص 2001 ص 88.

و على هذا الأساس يثبت النسب بالبينة الشرعية التي يقيمها المدعي، فمثلا لو إدعى شخص على آخر أنّه إبنه أو أنه عمّه و أنكر المدعى عليه هذا الحق[1] فلجأ المدعي إلى إثبات دعواه بالبيّنة قبلت منه دعواه، و حكم له بثبوت النسب و بالتالي تترتب على ذلك كل الآثار الشرعية لهذا النسب و إذا كانت دعوى النسب بالأبوّة أو البنّوة حال حياة الأب أو الإبن المدعى عليه تسمع الدعوى و لو كانت مجردة من أي حق آخر، كالإرث و النفقة لأن النسب في هذه الحالة يصح أن يقصد لذاته و إن كانت دعوى النسب بما ذكر، بعد وفاة الإبن أو الأب المدعي الإنتساب إليه أو كانت دعوى النسب بغير البنوّة و الأبوّة كالأخوّة و العمومة أي سواء كانت الدعوى حال حياة المدعي الإنتساب إليه أو بعد وفاته، فإن الدعوى لا تسمع شرعا إلا في ضمن دعوى لحق آخر لأن النسب حينئذ غير مقصود لذاته بالدعوى و إنما المقصود بالذات هو ما يترتب عليه من حقوق كالنفقة و الإرث، فيجب على المدعي بالحق المقصود له بالذات و في ضمنه النسب حتى إذا ما ثبت الحق المدعى قصدا ثبت النسب ضمنا.

أما فيما يخص نصاب البيّنة فقد إختلف الفقهاء فيها على عدة أقوال إلّا أن الرأي الأرجح هو قول أهل الحنفية الذين إشترطوا شهادة رجلين عدلين أو شهادة رجل و إمرأتين لقوله تعالى: *" ... فإن لم يكونا رجلين فرجل و إمرأتان ..."* [البقرة الآية 282].

أما إذا إختلف الزوج مع زوجته في الولادة أو المولود، بأن إدّعت الولادة في وقت معين و أنكر هو حدوثها أو يكون الولد هو نفسه الذي ولدته[2]، فهل يمكن للزوجة أن تثبت ما أنكره زوجها من أصل الولادة أو تعيين المولود بشهادة المرأة التي حضرت الولادة فقط؟

بما أن الولادة واقعة مادية و لا يعاينها في غالب أحوالها إلا القابلات، و يقل أن يحضر الرجال أو عدد من النساء الولادة و على هذا الأساس فإنه يكتفي بشهادة القابلة أو شهادة الطبيب الذي باشر ولادها. و هو ما ذهب إليه الحنابلة و الحنفية أما المالكية فإشترطوا شهادة أربعة نساء ليكون نصاب الشهادة كاملا، و في القانون الجزائري فقد نصت المادة 62 من قانون الحالة المدنية الصادر بموجب الأمر رقم: 20/70 المؤرخ في: 1970/02/19 على ما يلي: *"يصرح بولادة الطفل الأب أو الأم و إلّا فالأطباء و القابلات أو أي شخص آخر حضر الولادة و عندما تكون الأم ولدت خارج مسكنها، فالشخص الذي ولدت الأم عنده"* . و ما تجدر الإشارة إليه أنه إذا أثبتت الولادة بهذا الطريق، نسب الولد إلى الزوج و ذلك بتسجيله في سجلات الحالة المدنية، بعد أن يحمل إسم و لقب والده[3].

(1)- د. محمد نبيل سعد الشاذلي – المرجع السابق ص 354.
(2)- نشرة القضاة – العدد 47 – مديرية البحث، طبعة 1995 ص 121.
(3)- د. بالحاج العربي – المرجع السابق ص 199.

الفرع الثاني: أنواع البينة

تتّخذ الشهادة عدة صور، فقد تكون مباشرة أو غير مباشرة، كما يمكن أن تكون شهادة بالتسامع أو بالشهرة العامة كما يلي:

أولا: الشهادة المباشرة: و هي الشهادة التي يقرّر فيها الشاهد في مجلس القضاء ما وقع تحت سمعه و بصره مباشرة، كالذي يشاهد واقعة معينة فيسرد الواقعة أمام القضاء كما شاهدها، بمعنى أن يكون ما أدركه الشاهد متعلقا بالواقعة قد تم مباشرة عن طريق حاسة من حواس الشاهد كالسمع أو البصر أو بهما معا.

ثانيا: الشهادة الغير مباشرة: أو الشهادة بالتسامع و تكون عندما يشهد الشخص بما سمع رواية عن الغير، فيشهد أنه سمع شخصا معينا يروي هذه الواقعة محل الإثبات فهنا الشاهد لم يرى الواقعة بنفسه، بل سمع شخصا معينا يرويها و لا يوجد نص في القانون الجزائري يمنع الأخذ بها، و لذلك يترك أمر الأخذ بها و تقدير قيمتها لقاضي الموضوع[1].

ثالثا: الشهادة بالتسامع: و هي شهادة لا تنصبّ على الواقعة المراد إثباتها بالذات بل على الرأي الشائع عند جماهير الناس عن هذه الواقعة، فالشاهد فيها لا يروي عن شخص معين و لا عن واقعة معينة بالذات و إنما يشهد بما تسامعه الناس عن هذه الواقعة و ما شاع بين الجماهير بشأنها و لما كان من الصعب. تحرّي وجه الحقيقة بالنسبة لهذا النوع من الشهادة فإنها لا تقبل في المسائل المدنية مطلقا و يمكن الإستئناس بها في المسائل التجارية على الرأي الراجح فقها. لكن هل يمكن إعتمادها في مجال النسب؟

إذا كان الأصل في الشهادة أنه لا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه بالعين أو بالسماع بنفسه إلا أن الفقهاء إستثنوا من هذا الأصل مسائل منها النسب فأجازوا فيه الشهادة بالتسامع من الناس و إن لم يعاين الشاهد نفسه و هذا الإستثناء ضرورة دعت إليها رعاية المصالح و الحاجة الشديدة لما في ذلك من رفع الضرر و عدم تعطيل الأحكام، فإذا رأى شخصا رجلا و إمرأة يسكنان بيتا واحدا و يعاشر كل منهما الآخر معاشرة الأزواج جاز له أن يشهد بأنها إمرأته[2].

رابعا: الشهادة بالشهرة العامة: و هي عبارة عن ورقة مكتوبة تحرر أمام جهة رسمية كقاض أو موثق يشهد فيها شهود يعرفون وقائع معيّنة عن طريق الشهرة العامة، بشرط أن تكون لهم معرفة شخصيّة لهذه الوقائع.

(1)- محاضرات الأستاذ – ملزي عبد الرحمان – الإثبات في المواد المدنية ص 34.
(2)- الدكتور عبد الرحمان الصابوني – المرجع السابق ص 22.

و الشهادة بالشهرة تجوز في إثبات النسب بإجماع فقهاء الأحناف حيث أجازوا للشاهد أن يشهد بما يشهر و يستفيض و تتواتر به الأخبار و يقع في قلبه صدقه.

<u>المطلب الثاني:</u> حجيّة البينة مقارنة بالإقرار في مجال النسب

تعتبر البينة أقوى من الإقرار[1] لكونها لا تقتصر على المقرّ كما هو الحال في الإقرار، بحيث يثبت الحكم الثابت بالبينة في حقه و في حق غيره، فلو كان هنالك ولد ليس له نسب معروف فأخذه رجل وإدعى نسبه و توفرت شروط الإقرار السابقة ثبت نسبه بذلك الإقرار، فلو جاء رجل آخر و إدّعى نسبه و أقام بيّنة صحيحة على أنه إبنه كان أحقّ به من المقر لأن النسب و إن ثبت في الظاهر بالإقرار إلا أنه غير مؤكد[2] بإعتبار أن كلاهما أي البينة و الإقرار نسب ظاهر يدل على وجود النسب الحقيقي، أي وجود الفراش و ما ألحق به، و ما دام كذلك فإن ظاهر الإقرار قد يحتمل البطلان، و ظهور عدم صحة الإقرار بوجود البينة التي تعتبر أقوى منه.

و لهذا تظهر حتمية البينة و أهميتها في العديد من حالات النسب، و ما يجب ملاحظة هنا أن إثبات النسب بالبينة، يكون في حالة ما إذا جمع بين الرجل و المرأة عقد زواج صحيح أو فاسد، أمّا إذا كانت العلاقة القائمة بين الرجل و المرأة هي علاقة غير شرعية، ونتج عن هذه العلاقة ولد، و قام النزاع بشأنه و بشأن واقعة ميلاده، فلا يثبت نسب الولد إلى الشخص بأي بيّنة كانت و يلحق نسبه بأمه[3].

و في خاتمة هذا الفصل نلاحظ أن الطرق الثلاثة التي تمت دراستها من فراش و إقرار بينة ليست كلها في مرتبة واحدة، بل أن الفراش هو السبب الحقيقي للنسب لأنّه المنشئ له، أما الإقرار و البينة فهما سببان ظاهريان يدل كل واحد منهما على وجود النسب الحقيقي و هو الفراش لأن الولد الشرعي لا يكون إلا ثمرة فراش.

(1)- د. بالحاج العربي – المرجع السابق ص 299.

(2)- الأستاذ عبد الفتّاح تقيّة – مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ و أحكام الفقه الإسلامي، طبعة عام 200 ص 68.

(3)- قرار صادر بتاريخ 1984/11/19 تحت رقم: 34046 – المجلة القضائية لسنة 90 العدد الأول ص 67.

الفصل الثاني

الفصل الثاني: إثبات النسب بالطرق العلمية البيولوجية الحديثة

وسّع المشرع الجزائري من دائرة إثبات النسب بالنص على الخبرة الطبية كوسيلة شرعية للإثبات أو للنفي وفقا لنص المادة 40 فقرة 2 من قانون الأسرة المعدّل بموجب الأمر رقم: 02/05، و بذلك يكون المشرع قد حل إشكالية عويصة كانت مطروحة على مستوى أنظمة القضاء في الدول العربية حيث غالبا ما كان يرفض القضاء الإثبات عن طريق الخبرة العلمية على أنها ليست من الوسائل المقررة شرعا لإثبات النسب[1] و لقد كان هذا الإجتهاد منتقدا بشدة لكونه لا يخدم المصلحة الفضلى للطفل، لذلك كان أغلب الفقه يدعو القضاء على ضرورة الأخذ بنتائج البحث العلمي لإثبات النسب أو نفيه، كما أنه من الناحية الشرعية فقد ثبت أن كبار الأئمة عملوا بالقيّافة، التي هي وسيلة تقوم على الحدس و الفراسة و إمكانية التشبيه، فما بالنا بخبرة يقينية.

و لقد تنوّعت هذه الطرق العلمية فبعد أن كان العالم بأكمله يخضع لطريقة واحدة للدلالات الوراثية في مجال البحث الجنائي، و ذلك حتى أواخر الستينات و هي الطريقة التي تعرف بخلايا الدم الحمراء (A B O)، تلا هذا الإكتشاف تحليل الحامض النووي أو ما يسمى بالبصمة الوراثية (A D N)، إضافة إلى أنظمة بيولوجية أخرى لا تزال قيد الإكتشاف. و هدا ما سأتناول دراسته في هذا الفصل موضحة درجة تفاوت هذه الطرق في إثبات النسب أو نفيه مع التطرق لحجيّتها و الصعوبات التي تواجه إستخدامها في المباحث الثلاثة الآتية:

المبحث الأول: نظام تحليل فصائل الدم

يشمل الدم على العديد من الصفات الوراثية الموروثة من الأب و الأم، حيث يأخذ الولد نصف الصفات من أبيه الحقيقي و النصف الآخر من أمه عن طريق الحيوان المنوي للرجل و البويضة للأنثى. و من العلامات الوراثية الموجودة في الدم فصائل الدم الرئيسية.

المطلب الأول: النتائج العلمية لفحص الدّم

الفرع الأول: نظام ABO

بفضل التجارب التي قام بها العالم الألماني (كارل لاند ستابير) سنة 1905 الذي فصل خلايا الدم عن البلازما الدموية لأحد الأشخاص ثم قام بعد ذلك بمزج الخلايا بالبلازما مرة أخرى فلاحظ إتحادهما ببطء و عودة

---

(1)– القرار الصادر عن المجلس الأعلى المغربي بستّ غرف بتاريخ: 2004/12/30 في الملف الشرعي عدد 2003/1/2/556.
– الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية – القرار رقم: 222674 المؤرخ في: 1999/06/15 ص 88.

الدم إلى الشكل الطبيعي، و عندما قام بمزج خلايا دم أحد الأشخاص بالبلازما الدموية لشخص آخر فلاحظ إما أن الإتحاد يتم ببطء و يعود الدم إلى شكله الطبيعي كما كانت الخلايا و البلازما يتبعان لشخص واحد، و أن الإتحاد لا يتم و ينتج عن ذلك تجلّط الدم (blood agglutination) و بناءا على ذلك و جد العالم (لاند ستابير) أنه يصنف دم الإنسان إلى أربعة فصائل رئيسية يرمز لها كما يلي: O – AB – B –A، و تشبه فصائل الدم بصمات الأصابع فهي غير قابلة للتغيير منذ الولادة حتى الموت.

و من جهة أخرى يحتوي غشاء الكريات الدموية على بروتينات سكرية خاصة و التي بها تحدد الفصائل الدموية الأربعة المعروفة، تسمى هذه البروتينات الغشائية بمولدات الضد (antigènes) كما توجد أجسام مقابلة تعرف بالأجسام المضادة (anti bodies) في بلازما الدم، و يولد الطفل بمولدات الضد في خلاياه لكن الأجسام المضادة تتطور خلال الشهور القليلة بعد الولادة[1].

و فيما يلي جدول يوضح العلاقة بين مولدات الضد و الأجسام المضادة في مجاميع الدم المختلفة، و التراكيب الجينية التي تقابلها:

الفصيلة	مولدات الضد في كريات الدم الحمراء	الأجسام المضادة في البلازما	التراكيب الجينية
A	A	مضاد B (بيتا)	نفي AA هجين AO
B	B	مضاد A (ألفا)	نفي BB هجين BO
AB	AB	------	AB
O	------	مضاد A (ألفا) مضاد B (بيتا)	OO

(1)- الدكتور جلال الجابري – الطب الشرعي و السموم – الطبعة الأولى / الإصدار الأول 2002 – الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع – عمان ص 186.

و أشير في هذا الصدد إلى نظرية برنستين في وراثة فصائل الدم التي تعتبر أن هناك 03 عوامل موروثة (O, B, A) حيث (B, A) سائدة، بينما (O) متنحية و كل نسل له إثنين من هذه الثلاث واحد من كل والد.

مثال: طفل فصيلة دمه A قد تكون AA أو AO، طفل فصيلة دمه B قد تكون BB أو BO و إذا ورث عاملين متنحيّين سيكون O و إذا ورث عاملين سائدين سيكون AB.

و قد دعمت نظرية برنستين بالحقائق التالية:

- أب O لا يمكن أن يكون له طفل AB.
- أب AB لا يمكن أن يكون له طفل O.
- أب A تزوج بأم B يمكن أن يكون لديهما كل الفصائل الأربعة.

و فيما يلي جدول يوضح فصائل الوالدين و فصائل الأطفال الممكنة و الغير الممكنة[1].

فصائل الوالدين	فصيلة الطفل	
	ممكن	غير ممكن
O X O	O	AB, B, A
A X A	O, A	AB, B
O X A	O, A	AB, B
B X B	O, B	AB, A
B X A	O, AB, B, A	------
AB X AB	AB, B, A	O
O X AB	B, A	AB, O

(1)- د. جلال الجابري – نفس المرجع السابق ص 188 ص 189.

لفرع الثاني: نظام RH

لقد ثبت علميّا أن 80% من البشر يوجد في خلاياهم الحمراء مولدات الضد و هي ذات 6 نمـــاذج e, d, c, E, D,C. الثلاثة الأولى سائدة و الثلاثة الأخيرة متنحية، و إذا كان لشخص واحد أو أكثر من الثلاثة السائدة الأولى فإنه يعتبر Rh^{+}ve (ve : vaginal examination)

مثال: cde, cde, CDE... و إذا كان لديه cde فإنه يعتبر Rh^{-}ve (15% من الناس) و من كل مولدات الضد هذه فإن مولد الضد D هو الأكثر أهمية لأنه إذا دخل إلى شخص لا يملكه فإنه سيؤدي إلى إنتاج عيار عالي من الأجسام المضادة لذلك يصنف الناس عادة إلى Rh^{+}ve أو Rh^{-}ve إذا كان مولد الضد هذا موجود في خلاياهم الحمراء أم لا. و يساعد عامل Rh في التراع حول الأبوة، فإذا كان كلا الوالدين سلبيين فإن الطفل لا يكون إيجابيا أبدا.

الفرع الثالث: نظام MN

إذا كانت مولدات الضد B, A موجودة في كريات الدم الحمراء في الوقت نفسه فإن الأجسام المضادة ألفا و بيتا موجودة في المصل، فإن مولدات الضد MN موجودة في كريات الدم الحمراء مع عدم وجود أجسام مضادة مطابقة في المصل و بالتالي فإن واحد أو كل مولدات الضد يجب أن يكون موجودا في كريات الدم الحمراء، و هذا يساعد في التفريق بين شخصين من نفس مجموعة ABO[1]، و لتوضيح المسألة نعطي هذا المثال: إذا كانت الام (M^{+}, N^{+})، الإبن (M^{-}, N^{+}) و الأب المفترض (M^{+}, N^{-}) ففي هذه الحالة يستحيل ثبوت النسب لأن الإبن حصل على N^{+} من أمه و بالتالي M^{-} من أبيه.

الفرع الرابع: نظام HLA

يهتم علم المناعة بدراسة كل الآليات التي تمكن الجسم من تمييز كل ما هو ذاتي و الحفاظ عليه، و غير لذاتي للتخلص منه كالجراثيم و الأعضاء و الأنسجة الأجنبية عن الجسم، و العامل المحدد لكل ما هو ذاتي هو الجينوم و الذي يتكون من مورثات تتحكم في تركيب البروتينات، و قد أدّت الأبحاث إلى إكتشاف بروتينات توجد على الغشاء السيتوبلازمي تتدخل في تحديد كل ما هو ذاتي و سميت بنظـــام:

HLA (Human leukocyte antigen) و كل إنسان يحصل على مركبين HLA مختلفين واحـــد من

(1)- د. جلال الجابري – نفس المرجع السابق ص 186 ص 187.

الأب و الآخر من الأم، مما يعطي له الفعّالية في مجال النسب نفيا أو إثباتا إلا أن ذلك لا يجد نفعا في حالة الزواج العائلي.

المطلب الثاني: فحص فصائل الدم دليل مؤكّد للنفي أو للإثبات

إن كل إنسان يرث صفاته من أبيه و أمه مناصفة سواء كان دم الأبوين من فصيلة واحدة أو من فصيلتين مختلفين، ففي حالة توافق الفصائل بين الطفل و مدّعيه، فإن هذا ليس قطعيا في إثبات نسبه لأن الفصيلة الواحدة قد يشترك فيها أناس كثيرون يحتمل أن يكون أبو الطفل واحد منهم.

مثال: لو ولدت إمرأتان في مستشفى و إختلط الولدان و تعذّر تمييزهما فيمكن عن طريق تحليل الدم معرفة نسب الولد الصحيح[1] بعد أن تحدّد فصيلة دم كل من الطفل و الرجل و الأم و التراكيب الجينية المحتملة ثم يقارن التركيب الجيني لفصيلة الطفل مع فصيلة الرجل، فإذا شارك أحد جيني فصيلة الرجل في التركيب الجيني لفصيلة الطفل فإنه في هذه الحالة تحتمل البنوّة لكن لا يمكن إثبات النسب إستنادا إلى فحص فصائل الدم فقط لذلك تستدعي الحاجة فحص آخر أكثر دقّة[2]، أما في حالة إستحالة مشاركة التركيب الجيني للرجل في التركيب الجيني لفصيلة الولد، ففي هذه الحالة تنتفي البنوّة تماما، وما يمكن إستخلاصه أن وراثة فصائل الدم لا تعطي أكثر من 40 % في مجال إثبات النسب و تصلح كدليل لنفي النسب بنسبة 100 %[3] لذلك تصنّف ضمن الطرق العلمية ذات الحجيّة الظنّية و قد أفرز التطور البيولوجي أكثر من 20 نظام لفحص الدم تعد بمثابة قرينة قاطعة في نفي النسب دون إثباته.

و بفضل التقدم البيولوجي في مجال الوراثة فلم يعد فحص الدم قاصرا على دوره التقليدي و هو كونه دليلا مؤكدا على نفي البنوّة و إنما أصبح له دور حديث إذ صار دليلا على إثبات البنوّة و بطريقة لا تقبل الشك و هذا ما سوف نراه في المبحث الآتي.

---

(1)- مقال للدكتور إبراهيم بن ناصر الحمود – أستاذ مشارك بالمعهد العالي للقضاء بمصر – منشور على موقع www.islamtoday.net بتاريخ: 2005/10/05.

(2)- أنظر الفصل الثاني – المبحث الثاني من هذه المذكّرة.

(3)- أ. خليفة علي الكعبي – المرجع السابق ص 173.

المبحث الثاني: نظام البصمة الوراثية

تعتبر مسالة البصمة الوراثية من القضايا المستجدّة التي إختلف فيها فقهاء العصر و تنازعوا في المجالات التي يستفاد منها، و تعتبر فيها حجة يعتمد عليها كليا أو جزئيا و قد شاع إستعمال البصمة الوراثية في الدول الغربية، و قبلت بها عدد من المحاكم الأوربية و بدأ الإعتماد عليها مؤخرا في البلاد الإسلامية لذلك يجدر بنا معرفة حقيقة البصمة الوراثية و تبيان الشروط و الضوابط الشرعية لتكون قرينة لإثبات النسب أو نفيه. و هذا ما سأدرسه في المطلب الأول و من جهة أخرى فإن إعتبار بصمة الـــ ADN قدم صدق في إثبات النسب قد يبدو في بعض الأحيان مناقضا للأحكام الشرعية كقضايا اللّعان لذلك تقتضي الدراسة التعرّض لموقف البصمة الوراثية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب و مكانتها من اللّعان في مطلب ثاني كما يلي:

المطلب الأول: شروط العمل بالبصمة الوراثية و ضوابطها

و يجدر بنا قبل التطرّق لدراسة مضمون هذا المطلب إعطاء بعض المفاهيم حول البصمة الوراثيـــــة:

فالبصمة لغة: هي لفظ عامّي يعني العلامة و هي مشتقّة من البصم و هو ما بين طرف الخنصر إلى طرف البنصر و هي أيضا أثر الختم بالإصبع.

و الوراثة: هي علم يبحث في إنتقال صفات الكائن الحي من جيل إلى آخر و تفسير الظواهر المتعلقة بهذا الإنتقال.

و البصمة الوراثية في معناها الإصطلاحي، فقد عرفها الدكتور سعد الدين الهلالي بأنها العلامة أو الأثر الذي ينتقل من الأصول إلى الفروع أي أنها المادة الحاملة للعوامل الوراثية و الجينات في الكائنات الحية[1]

و قد إرتضى المجمع الفقهي بمكة المكرمة لسنة 1998 التعريف الآتي: *"البصمة الوراثية هي البنية الجينية، نسبة إلى الجينات أي المورثات التي تدل على هوية كل إنسان بعينه"* و يعود إكتشافها على يد البروفيسور إليك جفري سنة 1985 و جاء الدكتور إريك لاندر ليطلق على هذا الإصطلاح: محقق الهوية الأخبر.

و تعتبر النواة الموجودة في كل خلية في جسم الإنسان ما عدى كريات الدم الحمراء مستودع المادة الوراثية التي توجد على الكروموزومات أو الصبغيات و التي تختلف من كائن إلى آخر و عددها عند الإنسان 46 كروموزوم خلافا للكروموزومات الجنسيةّ[2].

(1)- د. سعد الدين الهلالي – البصمة الوراثية و علائقها الشرعية–مكتبة الكويت الوطنية الكويت، الطبعة الأولى 2001 ص 25.

(2)-د. إبراهيم بن ناصر الحمود – مقال حول البصمة الوراثية على موقع www.islamtoday.net

و يتركب الكروموزوم من سلسلة طويلة من المادة الوراثية ADN، و يعرف بالحامض النووي الرّيبوزي اللاّأكسجيني و يتركب من قواعد الأدنين (A) و التايمين (T) و الجوانين (G) و السايتوزين (C) بالإضافة إلى السكر الخماسي و الفوسفور، و بعد إتصال هذه القواعد ببعضها لتكوين الـــ (ADN) تلتفّ بصورة سلالم حلزونية حول بعضها[1] مشكلة سلسلتين ملولبتين تمثل إحدى السلسلتين الصفات الوراثية من الأب و تمثل السلسلة الأخرى الصفات الوراثية من الأم و من مجموع السلسلتين يتميز الإنسان بصفات تميزه عن غيره من البشر[2] و هي التي تكوّن ما يسمى بالشفرة الوراثية (genetic code) و من التطبيقات العملية لإستخدامات الهندسة الوراثية في مجال إثبات النسب و نفيه، لأنّ المادة الوراثية للطفل تتكوّن من الأبوين مناصفة فالعدد الصبغي و الكروموزومات الموجودة في كل خلية في الطفل هي ستة و أربعون، ثلاثة و عشرون من نطفة الأب و ثلاثة و عشرون من بويضة الأم.

و لإثبات أو نفي بنّوة طفل إلى أب معين أو إلى أم معينة يدّعي أحدهما أو كلاهما نفي أو إثبات نسب الطفل إليه، نأخذ عيّنات من ADN لكل من الأب المزعوم و الأم المزعومة و الطفل لإجراء المطابقة، فإذا كان أحد الوالدين المزعومين أبا لهذا الطفل فإن نصف ADN للطفل سيطابق مع ADN الأب و بهذا يتم إثبات النسب بوجه علمي دقيق، و نفس الأمر بالنسبة للأم، أما عندما يختلف الـــ ADN للطّفل مع ADN الأبوين فإنهما بالقطع ليسا والدي لهذا الطفل، و بهذا يمكن نفي نسب الطفل لهذين الأبوين[3].

و بناءا على ما تقدّم فقد أصبح الإعتماد على الشفرة الوراثية في مجال إثبات النسب و نفيه يعتمد على أساس متين لا يتطرق إليه الشّك و حتى تكون كذلك فلا بد أن تتوافر فيها الشروط و الضوابط العلمية المعتبرة محليا و عالميا في هذا المجال.

---

(1)- د. عصام أحمد البهجي – تعويض الأضرار الناتجة عن تطبيقات الهندسة الوراثية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية – دار الجامعة الجديدة للنش، طبعة 2006 ص 33.

(2)- د. سعد الدين مسعد الهلالي – المرجع السابق ص 26.

– د. سعد الدين مسعد الهلالي – حجيّة البصمة الوراثية لإثبات البنوة من أعمال الحلقة النّقاشية حول حجيّة البصم الوراثية بمكة المكرمة سنة 2000 ص 26، 27.

(3)- د. إبراهيم بن ناصر الحمود – نفس المرجع السابق ص 48.

الفرع الأول: شروط العمل بالبصمة الوراثية

نظرا لأهمية البصمة الوراثية في كونها تمثّل دليلا حسيّا علميّا قطعيّا مبنيّا على التحليل و المشاهدة و أنها تساهم مساهمة كبيرة في إظهار الحقيقة فإنّها بحكم الأصل مباحة شرعا لحصول النفع بها في إقرار الحقوق و إقامة العدل و مع ذلك فإنه يشترط للعمل بها و إعتبارها دليلا شرعيا عدة شروط(1) منها:

- أن تمنع الدولة إجراء الفحص الخاص بالبصمة الوراثية إلّا بطلب من القضاء و أن تكون المختبرات والمعامل الفنية تابعة للدولة و تحت رقابتها، حتى لا يتم التلاعب فيها لمجرد المصالح الشخصية و الأهواء الدنيوية و بالتالي يكون النسب عرضة للضياع.
- أن تكون هذه المختبرات و المعامل الفنية مزوّدة بأحسن الأجهزة ذات التقنيات العالمية و المواصفات الفنّية القابلة للإستمرارية و التفاعل مع العيّنات و الظروف المحيطة بها في الدولة مع وضع آليات دقيقة لمنع الغش و منع التلوث و كل ما يتعلق بالجهد البشري في حقل مختبرات البصمة الوراثية حتى تكون النتائج مطابقة للواقع.
- أن يكون العاملون في هذه المختبرات من خبراء و فنّيين ممن يتّصفون و يتّسمون بصفات الأمانة و الخلق الحسن و العدل في العمل، و كل ما يتطلبه الشرع في سبيل درء المفاسد و جلب المنافع و ألّا يكون أي منهم ذا صلة أو قرابة أو عداوة أو منفعة بأحد المتداعين أو حكم عليه بحكم مخل بالشرف أو الأمانة حسب توصيات مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة عشر.
- أن يكون العاملون على البصمة الوراثية من أصحاب الخبرة العالية و المستوى الرفيع و ممن يشهد لهم بالتقدم العلمي و التقني حتى لا يؤدّي عدم ذلك إلى تدهور النتائج الفنية و بالتالي ضياع الحقوق من أصحابها(2).
- تكوين لجنة خاصة بالبصمة الوراثية في كل دولة يشترك فيها المتخصّصون الشرعيّون و الأطباء و الإداريون و تكون مهمتها الإشراف على نتائج البصمة الوراثية و إعتماد نتائجها.
- توثيق كل خطوة من خطوات تحليل البصمة الوراثية بدءا من نقل العينات إلى ظهور النتائج النهائية حرصا على سلامة تلك العينات و ضمانا لصحة نتائجها مع حفظ هذه الوثائق للرجوع إليها عند الحاجة.

---

(1)– مقال للدكتور نصر فريد واصل – مفتي الديار المصرية – على موقع الأنترنيت www.islamtoday.net

(2)– من توصيات الحلقة النقاشية لمجمّع الفقه الإسلامي بالموقع www.islam.Net.com

– مقال بجريدة الشرق الأوسط بتاريخ: الموافق لــ 11 يناير 2002 حول موضوع البصمة الوراثية و مجالات الإستفادة منها.

- شرط التعدد بين المؤيّدين و المعارضين: و المقصود بالتعدد هو تعدّد الخبراء الفنيّين القائمين على العمـــل في البصمة الوراثية. فهل فعلا البصمة الوراثية تحتاج خبراء أم يكفي خبير واحد؟

لقد إنقسم العلماء في ذلك إلى عدة آراء:

- هناك من إشترط أن يكون العاملون على البصمة الوراثية أكثر من خبير قياسا على الشهادة.
- و هناك من يرى جواز عمل الخبير الواحد قياسا على القيّافة، على أن الفقهاء القدامى أجازوا الإعتماد على قول القائف الواحد المسلم العدل، فمن باب أولى أن يكون العمل بالبصمة الوراثية بخبير واحد فقط لأنها أوثق من القيافة. فأين هي معرفة القافة أمام دقّة مايصل إليه التحليل الجيني.
- وهناك من أرجع مسألة تعدد الخبراء إلى القاضي، و هو الرأي الراجح بإعتبار القاضي سيد القضية و الخبير الأعلى لتقيّيم الأدلة الفنية العلمية المطروحة أمام عدالة المحكمة متى رأي في قول الخبير الثقة و الأمانة و الطمأنينة و إذا ما شكك في صحة النتائج، فإنه لا حرج من أن يكرّر التحليل البيولوجي مرة أخرى، وهذا ما ورد أيضا في توصيات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية إبان ندوتها الحادية عشر التي عقدت في دولة الكويت في يومي 29/28 محرم 1421 الموافقة لـــ 4/3 ماي 2000.

الفرع الثاني: الضوابط الشرعية للعمل بالبصمة الوراثية

و أهم هذه الضوابط مايلي:

- ألا تخالف نتائج البصمة الوراثية صدق النصوص الشرعية الثابتة من الكتاب و السنّة، حتى لا يؤدي ذلك إلى أهمال النصوص الشرعية المقطوع بصحتها و من ثمة لا يجوز إستخدامها بقصد التأكد من صحة الأنساب الثابتة شرعا و زعزعة الثقة بين الزوجين، و يجب على الجهات المختصة منعه و فرض العقوبات الزاجرة لأن في ذلك المنع حماية لأعراض الناس و صونا لأنسابهم.
- أن تستعمل التحاليل الفنية للبصمة الوراثية في الحالات التي يجوز فيها التأكد من إثبات النسب لعدم ضياعه و المحافظة عليه كلما دعت الضرورة إلى ذلك وتتمثل هذه الحالات في:

أ- حالات التنازع على مجهول النسب بمختلف صور التنازع التي ذكرها الفقهاء سواء كان التنازع على مجهول النسب بسبب إنتفاء الأدلة أو تساويها أم كان بسبب الإشتراك في وطء الشبهة و نحوه.

ب-حالات الإشتباه في المواليد في المستشفيات و مراكز رعاية الطفولة و نحوها و كذا الإشتباه في أطفال الأنابيب.

ج-حالات ضياع الأطفال و إختلاطهم بسبب الحوادث أو الكوارث أو الحروب و تعذّر معرفة أهلهـــــم أووجود جثث لم يمكن التعرف على هويتها أو بقصد التحقق من هوية أسرى الحروب و المفقودين[1].

- يجب أن لا تخالف تحاليل البصمة الوراثية العقل و المنطق و الحس و الواقع، فلا يمكن أن تثبت البصمـــة الوراثية نسب من لا يولد لمثله لصغر سنه أو لكونه مقطوع الذكر أو الإنثيين، إذ من لا يولد لمثله لا يعقل أن يأتي بولد وبالتالي تكون البصمة الوراثية قد إعتراها الخطأ و التلاعب و خالفت العقل و الواقع وهو ما يتعين رفضـه.

- منع القطاع الخاص و الشركات التجارية ذات المصالح من المتاجرة فيها و فرض العقوبات الزاجرة والرّادعة لكل من تسول له نفسه التلاعب بالجينات البشرية أو التعرض للأسرة المسلمة و تحطيم دعائمها المستقرة.

وتجدر الإشارة إلى أنه بتوافر الضوابط و الشروط السابقة، فلا خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية حول جواز إستخدام البصمة الوراثية في مجال إثبات أو نفي النسب، لكن لاحظنا أن هناك خلاف فقهي بشأن جواز أن يثبت ولد الزنا من المرأة غير المتزوجة إلى الزنا حيث أجازه عدد من علماء الأزهر بإعتبار أن ذلك سيقلل من جرائم الزنا إلا أن الدكتور علي جمعة –مفتي مصر الحالي– يرى عدم جواز الإستعانة بتحليل البصمة الوراثية لإثبات ولد الزنا ويؤيّده الدكتور يوسف القرضاوي –رئيس الإتحاد العالمي للعلماء المسلمين– بقوله: "إن علماء الفقه الإسلامي إتفقوا على إثبات النسب للأم بالميلاد أما الأب فلا بد أن يتم ذلك عن طريق الوسائل الشرعية وإعتبار إثبات ولدالزنا من خلال الإستعانة بتحليل البصمة الوراثية مردودا عليه لأنّه فعل مجـــــــــرم"[2].

المطلب الثاني: موقف البصمة الوراثية من الأدلة الشرعية لثبوت النسب ونفيه

و أتناول في هذا المطلب موقف البصمة الوراثية من الأدلّة الشرعية لثبوت النسب المتمثلة في الفراش، الإقرار، البيّنة، و مدى التعارض بين تحاليل البصمة الوراثية و إجراء اللّعان في نفي نسب الولد.

الفرع الأول: موقف البصمة الوراثية من الأدلّة الشرعية لثبوت النسب

أولا: موقف البصمة الوراثية من الفراش

لقد اجمع الفقهاء على أن الفراش يعتبر أقوى الأدلة و لا يعلو عليه شيء من الأدلة سوى اللّعان و لا يلجأ إلى البصمة الوراثية إلا عند التنازع في الإثبات و في هذا الصدد يقول الدكتور نصر فريـــد واصـــــــــل:

(1)- من قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة عشر.

(2)- www.islamtody.net

"و على ذلك فإن أدلة ثبوت النّسب من الفراش و البينة و الشهادة و الإقرار إذا وجدت كلها أو بعضها فإنها تقدم على البصمة الوراثية" (1).

و لقد وضع الفقهاء بعض الحالات التي يرون فيها جواز إستعمال البصمة الوراثية أثناء قيام الفراش و هذه الحالات تتمثّل في:

- الحالة الأولى: إذا شكّ الزوج عند وضع زوجته هل توافرت أقل مدة الحمل و هي ستة أشهر أو أكثر و لم يستطع الجزم، و بالتالي فإن له اللجوء إلى البصمة الوراثية بأن تؤخذ عيّنة دم من الجنين و يتم مطابقتها مع الصفات الوراثية بالنسبة للأم و الأب(2).

- الحالة الثانية: حالة نسب الولد الناتج عن الوطء بالشبهة أو من النكاح الفاسد أو أن تتزوج المطلقة أو الأرملة قبل إنقضاء عدّتها، فهل ينسب ولدها إلى زوجها الثاني أم إلى السابق.

- الحالة الثالثة: و هي تتبع الحالة الثانية و ذلك إذا تساوت البيّنات أو تعارضت الأدلّة كالشهود و غيرهم، كما تلعب البصمة الوراثية دورها في حسم النّزاع الدائر بين الزوج و الزوجة فيما إذا إدّعت المرأة أنّ الولد على فراش و كان زوجها قد سافر و حضر بعد زمن طويل فوجدها ولدت، فأنكر هذا الولد.

لكن من جهة أخرى فإن هناك إتّجاه من الفقهاء يرى أن البصمة الوراثية لا يجوز إستعمالها في فراش الزوجية، و يقول الشوكاني في كتابه السيل الجرّار: *"متى كان الفراش ثابت شرعا، كان الولد لاحقا قطعا"* (3).

إلا أننا نرى تبعا لقاعدة *"إحياء الولد و عدم تضييعه"* فإن النّسب يلحق بالفراش، صحيحا أو فاسدا أو وطء شبهة و لا داعي لإدخال البصمة الوراثية فيه إلّا عند الضرورة القصوى لأنّ ذلك يزعزع الثقة بين الزوجين. و أمام عدم توضيح المشرع الجزائري للطرق المشروعة لنفي النسب فقد أعطت الشريعة الإسلامية طريقا وحيدا لنفي النسب و هو اللّعان و الذي هو أقوى من الفراش(4).

ثانيا: موقف البصمة الوراثية من البيّنة

يرى أغلب الفقهاء المسلمين أن الشهادة تقدم على البصمة الوراثية عند التعارض و ذلك للأسباب الآتية:

---

(1)- د. نصر فريد واصل – البصمة الوراثية و مجالات الإستفادة منها ص 26.

(2)- د. وهبة الزحيلي – البصمة الوراثية و مجالات الإستفادة منها ص 6.

(3)- خليفة علي الكعبي – المرجع السابق ص 148.

(4)- إبن القيم – المرجع السابق ص 164.

- ثبوت الشهادة في القرآن و السنة و ا لإجماع بحجتها و العمل عليها في قوله تعالى:*"و إستشهـدوا شهيدين من رجالكم ..."* [البقرة الآية 282].

- لا ينبغي تعطيل النّصوص الشرعية الصحيحة بمجرد دليل علمي حديث قد يشوبه الخطأ و التلاعب. كما أن الشهادة قد تكون مهزوزة في حالات شهادة الزور، فإن تقارير البصمة الوراثية قد تكون مزوّرة أيضا إذا كانت لمصالح شخصية لأنها شهادة من غير يمين بخلاف الشهادة الشرعية التي تقام بعد القسم على كتاب الله.

ويبقى فيصل النزاع هو القاضي، فقد يستشفّ من البصمة الوراثية قرينة يطمئن بها قلبه و تدعم الشهادة و قد يكون عكس ذلك. و من جهة أخرى فقد وضّح بعض العلماء المعاصرين البعض من الحالات التي تدخل فيها البصمة الوراثية مع الشهادة و هي:

الحالة الأولى: حالة التنازع على نسب اللقيط و كان لكل واحد منهما بيّنة تعارض بيّنة الآخر أو حالة المستلحقين للولد الذين لا بيّنة لهم فإن الفاصل في هذه الحالة هو البصمة الوراثية، و كما هو معروف سابقا فإنه عند التعارض في البيّنات و لم يمكن الترجيح بينهما تستخدم القافة كدليل ترجيح، و تبقى البصمة الوراثية كعلم حديث لا يتعارض مع نصوص الشرع إذا أستخدمت بشكل صحيح، في ما يخدم مصالح الناس.

الحالة الثانية: إذا إدّعى شخص عنده بينة "أي شهود" نسب طفل عند آخر قد نسب إليه بلا بيّنة.

ثالثا: موقف البصمة الوراثية من الإقرار

من المقرر شرعا يعتبر الإقرار أحد الطرق الشرعية لإثبات النسب بالإجماع[1]، و قد أجمع العلماء على تقديم الإقرار على البصمة الوراثية و ذلك بتوافر الشروط المعتبرة شرعا و بذلك فإن البصمة الوراثية لا مجال لها في بعض الحالات المتعلقة بإثبات النسب بالإقرار.

الحالة الأولى: إذا أقر الرجل بنسب مجهول النسب و توافرت شروط الإقرار فإنه يلحق به بالإجماع بمجرد الإستلحاق مع الإمكان، فلا يجوز الإحتكام إلى البصمة الوراثية إذا عبر المقرّ عن إرادته و صادق عليها بالإقرار، إلّا أنه هناك من يجيز الإحتكام إلى البصمة الوراثية إذا كذّب المقر له المقر، بإعتبار أن النسب حق للولد فينبغي على الأب أن يثبته بأي دليل و الذي تحل محله البصمة الوراثية في ظل غياب أي دليل آخر بشرط رضى المقر له بالنسب بإجراء البصمة الوراثية[2]

(1)- إبن القيم – المرجع السابق ص 158.

(2)- الدكتور وهبة الزحيلي – المرجع السابق ص 15.

الحالة الثانية: إقرار بعض الإخوة بالنسب لا يكون حجة على باقي الإخوة و لا يثبت به نسب و تقتصر آثاره على المقرّ في حدود نصيبه من الإرث لأن من الشروط المعتبرة للإقرار المحمول على الغير هو إتّفاق جميع الورثة على الإقرار بالنسب، و في حالة عدم تحقق ذلك فلا مجال للبصمة الوراثية في هذه الحالة.

و تجدر الإشارة في خاتمة هذا الفرع إلى أن أئمة الفقهاء السابقين أخذوا بالقرعة و القافة عند تعارض البيّنات و لم يمكن ترجيح إحداها على الأخرى دفعا للشبهات و ردا للحقوق لأصحابها، فإنّ لكل عصر طريقته الخاصة به لمعرفة نسب المولود المتنازع عليه، شريطة أن تكون هذه الطريقة موافقة لأصول الشرع و تخدم مصالح الناس كافة و بالتالي من باب أولى اللجوء إلى البصمة الوراثية كدليل مادي محسوس لكشف غموض واقعة النسب المراد التحقق منها.

الفرع الثاني: موقف البصمة الوراثية من الدّليل الشرعي لنفي النسب (اللّعان)

إذا كان اللّعان حكم شرعي ثابت من الكتاب و السنة لدرء الحد عن الزوج إذا قذف زوجته و لم تكن له بيّنة، و أيضا حماية و صيانة لعرض الزوجة و دفعا للحد عنها بحيث يفترق بموجبه الزوجان و ينسب الولد إلى أمه و قد ستر على المرأة فلم يعرف إن كانت هي الكاذبة أو هو الكاذب و لم يعرف إن كان الولد إبنه حقيقة أو لم يكن إبنه. و بعد أن ظهرت البصمة الوراثية و أصبح ممكنا معها تحليل الدم و معرفة نسب الولد إن كان من صلب هذا الرجل أم لا، فهل يصح نفي النسب بالبصمة الوراثية إذا جاءت النتائج تؤكد ذلك و يكتفي بها أم لا بدّ من اللعان أيضا؟

و هل يمكن للقاضي الذي أجرى الملاعنة بين الزوجين أن يعطّل أثر اللّعان في نفي النسب و يأمر بخضوع الأطراف لإجراء تحاليل البصمة الوراثية بناءا على طلب من الزوج أو الزوجة؟.

أولا: هل ينفى النسب بالبصمة الوراثية دون اللعان

لقد إختلف الفقهاء المعاصرون في صحة نفي النسب بالبصمة الوراثية فقط دون اللّعان و يمكن تلخيص آرائهم على النحو الآتي:

الفريق الأول: لا ينتفي النسب الشرعي الثابت بالفراش إلا باللّعان فقط و لا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللّعان(1) و هو موقف عامة الفقهاء المسلمين و الذي إستقر عليه قرار المجمع الإسلامي بالرباط الذي جاء فيـــه:

(1)- الدكتور سعد الدين مسعد الهلالي - المرجع السابق ص 351.

"*لا يجوز شرعا الإعتماد على البصمة الوراثية في نفي النّسب و لا يجوز تقديمها على اللّعان*" و هذا إستنادا إلى قوله تعالى: "*و الذين يرمون المحصنات و لم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربعة شهادات بالله أنه لمن الصادقين ...*" [النّور الآية 6-9].

أي أن الآية ذكرت أن الزوج إذا لم يملك الشهادة إلّا نفسه فيلجأ للّعان و إحداث البصمة بعد الآية يعتبر تزّيد على كتاب الله[1]، و بالتالي فلا يمكن الإعتماد على البصمة الوراثية فحسب لإقامة حد الزنا، بل لا بد من البيّنة، فكيف تقدم البصمة على اللّعان و لا نقدمها على الحد، و كيف يجوز إلغاء حكم شرعي بناءا على نظريات طبية مظنونة[2].

الفريق الثاني: يمكن الإستغناء عن اللّعان و الإكتفاء بنتيجة البصمة الوراثية لأن نتائجها يقينيّة، فإن أثبتت أن الولد ليس من الزوج ينتفي النسب بالبصمة الوراثية دون اللّعان[3] و قد إستند أصحاب هذا الإتجاه و من بينهم الدكتور يوسف القرضاوي إلى أن البصمة الوراثية من قبيل الشهادة و ليس هناك موجب للّعان أصلا لإختلال الشرط الوارد في الآية و هو إنعدام الشهود لقوله تعالى: "*و الذين يرمون أزواجهم و لم يكن لهم شهداء إلّا أنفسهم ...*"، كما أن الآية ذكرت درء العذاب و لم تذكر نفي النسب و لا تلازم بين اللّعان و نفي النسب، فيمكن أن يلاعن الرجل و يدرأ عن نفسه العذاب و لا يمنع أن ينسب الطفل إليه إذا ثبت ذلك بالبصمة الوراثية. و بالتالي فإن الطفل لا ينفى نسبه باللّعان، إذا جاءت البصمة الوراثية تؤكّد صحة نسبه للزوج و لو لاعن، و ينفى النسب باللّعان فقط إذا جاءت البصمة تؤكّد قوله و تعتبر دليلا تكميليا لأن نتائج البصمة الوراثية يقينيّة مبنية على الحس، فإذا أجرينا تحليل البصمة الوراثية، و ثبت أن الطفل من الزوج و أراد أن ينفيه، فكيف نقطع النسب و نكذّب الحس و نخالف العقل، و لا يمكن أن يتعارض الشرع مع العقل، و بالتالي فإن إنكار الزوج و طلبه للّعان بعد ظهور النتيجة يعد نوعا من التعسف.كما أن الشرع يتشوق إلى إثبات النسب رعاية لحق الولد و مخالفة البصمة لقول الزوج في النفي يتنافى مع أصول الشريعة في حفظ الأنساب، ونفاذ اللعان مع مخالفة البصمة لقول الزوج يعد باعث كيد للزوجة يوجب عدم نفي نسب الطفل[4].

---

(1)- من مناقشات حول البصمة الوراثية بالمجمع الفقهي بالرّابطة في دورته السادسة عشر 422/هـ.

(2)- محمد الأشقر – بحث حول إثبات النسب بالبصمة الوراثية ص 455 على الموقع www.islamtoday.net

(3)- خليفة علي الكعبي – المرجع السابق ص 301.

(4)-د. نصر فريد واصل – المرجع السابق ص 30.

و قبل ذكرنا للقول الراجح يجدر بنا الإشارة أنه لا خلاف بين الفقهاء في المسائل الآتية:

- إذا لاعن الزوج و نفى نسب الطفل و جاءت النتيجة تؤكّد قوله، فإن النسب ينتفي و يفرّق بين الزوجين، لكن الزوجة لا تحدّ لوجود شبهة اللّعان طبقا للمبدأ الذي مفاده أن *"الحدود تدرأ بالشبهات"* .

- إذا رضي الزوجان بإجراء البصمة قبل اللّعان للتأكد و إزالة الشبهة فإن ذلك يجوز في حقهما و قد إستحسن الفقهاء عرض ذلك على الزوجين قبل اللّعان(1).

و إنطلاقا ممّا سبق فإن الرأي الراجح يمكن إستنباطه من القاعدة الآتية : قطع النسب ليس من لزوم اللّعان.

ثانيا: قطع النسب ليس من لزوم اللّعان

و معنى هذه القاعدة أن البصمة الوراثية إذا جاءت مخالفة لقول الزوج فلا يلتفت لدعواه بنفي النسب و إن لاعن أو طلب اللّعان و أن نسب الطفل يثبت للزوج و تجري عليه أحكام الولد و لا يعد ذلك تناقضا مع أحكام الشرع، ذلك أن الشريعة أعظم من أن تبنى أحكامها على مخالفة الحس و الواقع. و للتوضيح أعطي المثال الآتي: لو أن رجلا أقر بمن يساويه في السن و إدّعى أنه أبوه فإننا نرفض ذلك لمخالفنه للعقل و الحس، حيث لا يمكن أن يتساوى أب و إبن في السن مع أن الإقرار في الأصل مشروع.

كما أن آية اللّعان قيّدت إجراؤه بعدم و جود أي شاهد إلا الزوج، و بالتالي لو كان هناك بيّنة من شهود، فإنه لا يجري اللّعان، بل يثبت ما رمى به الزوج زوجته و من البديهي لو كانت هناك بيّنة أخرى غير الشهادة، فلا وجه لإجراء اللّعان بإقرار الزوجة بما رماها زوجها من الزنا، فإذا منعنا وقوع اللّعان لوجود سبب مانع له، فما وجه إجرائه مع وجود بينة قطعية (البصمة الوراثية) تخالف دعوى الزوج و حتى لو أصرّ الزوج عليه في هذه الحالة فإنّ الولد يثبت نسبه إليه دون أن يتعارض ذلك مع بقاء اللّعان كسبب للفرقة بين الزوجين(2). و ما يؤكّد ذلك أيضا أن الزوج إذا كذّب نفسه بعد الملاعنة فإنه يترتب على ذلك ثبوت النسب منه و يزول أثر اللّعان في نفي النسب، و يعود للولد نسبه من الملاعن مع إستمرار اللّعان كسبب للفرقة بين الزوجين أيضا(3).

و بالتالي يتضح أن نفي النسب كأثر للعان يقوم على الشك لا على اليقين ذلك أن قول الزوج في اللّعان متساوي

---

(1)- www.islamtoday.net

(2)- د. محد أبو زيد - دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب – مجلة الحقوق، العدد الثاني، طبعة 1996، ص 287.

(3)- د- محمد أبو زيد – المرجع السابق ص 232.

الطرفين في الصّدق أو الكذب أي بنسبة 50 %، لأنه إمّا أن يكون صادقا أو تكون الزوجة صادقة، فهل من الصدق أن ندع بيّنة قطعية تصل إلى 99,9 % تؤكّد كذب الزوج و نأخذ بما هو محتمل الصدق بنسبة 50 % و ننسب ذلك للشريعة؟! و على قول الإمام إبن القيم: *"فأيّ طريق أستخرج بها العدل و القسط فهي من الدين، ليست مخالفة له..."* [1].

و في هذا الصدد أفتى الدكتور يوسف القرضاوي[2] قائلا: أنه من العدل أن يستجاب للزوجة إذا طلبت الإحتكام إلى البصمة الوراثية على أساس أنّها لا تفعل ذلك إلّا إذا كانت مستيقنة من براءتها و تطلب اللّجوء إلى وسيلة علمية مقطوع بها، فهي تطلب الإحتكام إلى البصمة الوراثية لإثبات أمور ثلاثة في غاية الأهمية شرعا.

أولّها: براءة نفسها من التهمة المنسوبة إليها و هذا أمر يحرص عليه الشارع بألاّ يتهم بريء بما ليس فيه.

ثانيها: إثبات نسب الولد من أبيه و هذا حق للولد بإعتبار أن حفظ الأنساب من الضرورات الشرعية الخمس.

ثالثها: إزاحة الشك من قلب الزوج بعد أن يثبت له بالدليل العلمي القطعي بأن الولد الذي أتهمها بنفيه منه هو إبنه حقا و بذلك يحل اليقين في نفسه محل الشك. و من جهة أخرى يرى القرضاوي أن الزوج لا يستجاب لطلبه الإحتكام للبصمة الوراثية إلا إذا وافقت الزوجة لأن ذلك يضيع حقّها في الستر وفقا للّعان.

و خلاصة لما سبق فإن القاضي يمكن له إجراء الملاعنة دون أن يمنعه ذلك من الإستجابة لإجراء فحص الدم، فإذا جاءت البصمة الوراثية و أثبتت شرعية الولد سواء قبل اللّعان أو بعده يحكم بلزوم النسب، دون أن يتعارض ذلك مع بقاء اللّعان كسبب للفرقة بين الزوجين. و أرى أنه يستحسن للقاضي أن يعرض التحليل البيولوجي سواء من تلقاء نفسه[3]، أو بناءا على طلب أحد الزوجين الماثلين أمامه و تأخير اللّعان إلى حين التأكد من شرعية الولد أم لا. و يبقى الأخذ بهذه التقنية يحقق مقصود الشرع في حفظ الأنساب من الضياع و يلعب دورا هاما في تدعيم و تقوية قاعدة الولد للفراش.

---

(1)- إبن القيم الجوزيّة – الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية – دار الجيل بيروت، الطبعة 1998 ص 19.

(2)- من فتوى الدكتور يوسف القرضاوي حول أحقيّة أحد الزوجين في اللجوء إلى إستخدام البصمة الوراثية المنشورة في جريدة الأهرام العربي– تاريخ: 2006/04/28.

(3)- كما حدث في قضية الرياض حيث تقدم شخص إلى قاضي محكمة الرياض يطلب اللعان من زوجته لنفي نسب بنت ولدت على فراشه فأحال القاضي الزوجين مع البنت إلى الجهة المختصة لإجراء إختبارات الفحص الوراثي، فجاءت نتائج الفحص بإثبات أبوة هذا الزوج للبنت إثباتا قطعيّا فكان ذلك مدعاة لعدول الزوج عن اللّعان و زوال شكوكه – من البحث الذي قدّمه د. عمر السبيل إلى المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرّمة في دورته 16.

المبحث الثالث: حجيّة الطرق العلميّة في مجال النسب و العقبات التي تواجهها

إن لجوء القاضي للطرق العلمية في مجال إثبات أو نفي النسب يعد من قبيل الخبرة الطبية التي يستعين بها لحل المسائل العالقة في إلحاق الأبناء بآبائهم، لكن هل يمكن للقاضي الشك في نتائج هذه الطرق العلمية؟ و كيف يواجه العقبات التي يحتجّ بها الخصم الذي يحاول الإفلات من الخضوع للتحليل البيولوجي؟

المطلب الأول: حجية الطرق العلمية الحديثة

تختلف مصداقية و حجية الطرق العلمية بإختلاف التحليل البيولوجي المعتمد، فمثلا الخبرة الطبية التي تستند إلى فحص البصمة الوراثية ذات دلالة قطعية و هي وسيلة علميّة لا تكاد تخطئ للتحقق من الوالدية البيولوجية و هي ترقى إلى مستوى القرائن القطعية(1) خلافا لتحليل فصائل الدم على النحو السابق بيانه و تبعا لذلك فإن الطرق العلمية من حيث حجيّتها تتفرّع إلى نوعين ذات حجيّة مطلقة و أخرى ذات حجيّة نسبيّة و حتى بالنسبة للطرق العلمية ذات الحجية المطلقة فإن الظروف المحيطة بها من عاملين أو أجهزة له تأثير كبير على صحة نتائجها و هذا ما سأتناوله فيما يلي:

الفرع الأول: الحجيّة المطلقة للطرق العلمية

لقد إتّفق معظم الفقهاء و علماء الطب على أن نظام البصمة الوراثية (ADN) و نظام (HLA) ذات دلالة قطعية في مجال النسب لإنفراد كل شخص بنمط وراثي مميز لا يوجد عند أي كائن آخر في العالم إذ لا يمكن أن يتشابه الـ ADN لشخصين إلاّ مرة واحد كل 86 بليون حالة و مقارنة مع عدد سكان الكرة الأرضية الذي لا يتجاوز 08 مليار نسمة و بالتالي فإنه يمكن القول أن نسبة التشابه منعدمة تماما(2).

بدليل ان المحاكم الأوربية و الأمريكية تأخذ بالبصمة الوراثية ليس على أنها دليل و إنما بإعتبارها قرينة نفي و إثبات(3) و ما يدعّم حجيتها أيضا هو إمكانية أخذها من مخلّفات آدمية سائلة كالدم، اللعاب المني، أو أنسجة كالعظم و الجلد و الشعر، كما أنها تقاوم عوامل التعفن و العوامل المناخية المختلفة من حرارة و برودة، حتى أنه يمكن الحصول على البصمة من الآثار القديمة و الحديثة(4).

---

(1)- من أعمال الندوة الثانية عشر سنة 1998 بعنوان الوراثة و الهندسة الوراثية و الجينوم البشري و العلاج الجيني ص 198.

(2)- الدكتور – نبيل سليم (البصمة الوراثية و تحديد الهوية) مقال منشور بمجلة حماة الوطن عدد 265 سنة 2004 الكويت.

(3)- الدكتور سعد الدين الهلالي – المرجع السابق ص 273.

(4)- مقال بجريدة الوطن السعودية – الصادرة يوم السبت 2004/05/01 العدد 1380.

و بالتالي فإن نتيجة البصمة الوراثية في إثبات النسب بنسبة 99,99 % و في حالة النفي بنسبة 100 % إذا تم التحليل بطريقة سليمة، لكن و رغم ما تتمتع به البصمة الوراثية من قوة ثبوتية، فهل هذا يعني أن الإثبات بواسطتها يشكل قرينة واقعية أقوى من القوة الثبوتية التي تتمتع بها سائر وسائل الإثبات الأخرى؟

الفرع الثاني: الحجيّة النسبيّة للطرق العلمية

تتنوع الطرق العلمية المعتمدة في مجال إثبات النسب، فمنها ذات الحجية المطلقة كنظام ADN و نظام HLA و منها ذات الحجّية النسبيّة كفحص فصائل الدم و الذي لا يمكن أن يعطينا نتائج متطابقة إلا عندما يتعلق الأمر بنفي النسب و بالتالي فلا يرقى إلى دليل إثبات قطعي، لتشابه فصائل الدم عند الكثير من الناس و هو ما يجعله ظنّي الدلالة.

كذلك من جهة أخرى حتى بالنسبة للطرق العلمية القطعية كالبصمة الوراثية فيمكن إعتبارها عنصر من العناصر التي يعتمد عليها القاضي عند دراسته للملف، و تفتقر إلى صفة التأثير على القاضي، الذي يجد نفسه بين القطع و الشك في صحتها خلافا للطرق الشرعية الأخرى كالإقرار و الشهادة لطرحها أمام القاضي في الجلسة فيدخلان عليه اليقين و القطع من حيث أسانيدهما الشرعية، و هو الأمر الذي تفتقر إليه البصمة الوراثية لأن إجراء التحاليل البيولوجية دائما يكون في غياب القاضي أي خارج نطاق المحكمة، فما الذي يدري القاضي بما يحصل في المخبر العلمي من نقل و فرز للعينات، الأمر الذي يدخل الشك في ضمير القاضي، الذي تناط به مسؤولية رد الحقوق إلى أصحابها. و من الأسباب التي تقلل من قطعية دلالة التحاليل البيولوجية و لا تبعث فيها الثقة الكافية:

***الأخطاء البشرية**: إن التحاليل الجينيّة (خصوصا البصمة الوراثية) تخضع لسيطرة الإنسان و بالتالي يقع فيها ما كان يفترض أن لا يقع، و من ذلك الأخطاء البشرية التي تنسب إلى القائمين عليها و ليس للبصمة الوراثية ذاتها، و قد جاء في مقدمة القرار السابع للمجمع الفقهي ما نصّه: *"أن الخطأ في البصمة الوراثية ليس واردا من حيث هي، و إنما الخطأ في الجهد البشري أو عوامل التلوث أو نحو ذلك"* (1) و ترجع هذه الأخطاء إلى القصور في الجوانب العلمية و الفنّية و الجوانب الإجرائية القانونية(2)، و يقول الأطباء البيولوجيون أن طريقة إستخلاص الحامض النووي عملية دقيقة جدا تحتاج إلى سوائل طيّارة مثل الكلوروفورم و الإيثانول و يستخدم له جهـــــاز

---

(1)– القرار السابع بشأن البصمة الوراثية و مجالات الإستفادة منها– المجمع الفقهي الإسلامي– الدورة 16– لمرجع السابق ص 2.

(2)– الدكتور أبو الوفاء محمد – مدى حجيّة البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي و الفقه الإسلامي ص 692.

يسمى *"إلكتروفوريسد"* و يستخرج بعدة طرق مثل: طريقة (RELP) *لإستخراج عينة الـ* ADN من نسيج الجسم أو سوائله و تتجسّد أهمّ خطوات هذه الطريقة في الآتي:

- تقطع العينة بواسطة أنزيم معين يمكنه قطع شريطي الــ ADN طوليا، فيفصل قواعد الأدينين A و الجوانين G من ناحية و التايمين T و السيتوزين C من ناحية أخرى و يسمى هذا الأنزيم بالآلة الجينية أو المقص الجينــي.
- ترتب هذه المقاطع بإستخدام طريقة تسمى بالتفريغ الكهربائي.
- تعرض المقاطع إلى فيلم الأشعة السينية x-ray film . و تطبع عليه فتظهر على شكل خطوط داكنة اللون و متوازية و قد تستغرق هذه الطريقة من 8 إلى 10 أيام و رغم أنّ جزيء الــ ADN صغير إلى درجة فائقة (حتى أنه لو جمع كل الــ ADN الذي تحتوي عليه أجساد سكان الأرض لما زاد وزنه عن 36 ملجم) فإنّ البصمة الوراثية تعتبر كبيرة نسبيا و واضحة[1].

و هناك تقنية أخرى تعرف بتقنية التفاعل النووي المتسلسل أي تكبير الحمض النووي و تدعى طريقة PCR بحيث يستخرج الــ ADN و يضخّم إلى عدة ملايين من النماذج بواسطة أنزيم مكثف. و تبعات الخطأ بهذه الطريقة تكون أكثر إرتفاعا من تبعات الخطأ عد إستعمال تقنيّة (RELP)[2]. و قد إشترط العلماء في كل هذه الطرق أن تكون العيّنات طازجة و نظيفة و أن لا تكون قد تعرضّت إلى إعتداءات بيئية. فكل هذه الخطوات العملية و التقنيّة لا علم للقاضي بها و لم يستوعب طريقة تحضيرها فهي محتاجة إلى جهد مكثّف من الخبراء حتى تخرج النتائج سليمة من الشوائب.

*__الإستنساخ البشري__: نظرا للتطور الكبير الدي عرفه علم الهندسة الوراثية، فقد أصبح من الممكن إنتــاج جنس بشري خارج الطريقة الطبيعية بواسطة تقنية الإستنساخ، فإن كان الأصل أنّ لكل إنسان ADN خاص به لا يتشابه مع غيره، و لكن ذلك يتنافى مع الإستنساخ الذي يؤدي إلى صناعة ألوف النسخ المتشابهة لها نفس الصفات الوراثية و نفس الــ ADN و هذا يناقض بالضرورة ما هو ثابت علميا و يؤثّر حتما على خصوصية كل كائن بشري. و بالتالي فإن عملية الإستنساخ البشري تقتل تقنية البصمة الوراثية في مهدها و تجعل القاضي أمــام تحديات جديدة للوصول إلى الحقيقة، لذلك لا بدّ من تظافر الجهود عالميا لمكافحة هذه الظاهــــــــرة.

(1)- www.islamonline.net

(2)- وسام أحمد السمروط – القرينة و أثرها في إثبات الجريمة – دراسة فقهية مقارنة–الطبعة الأولى لعام 2007 ص 300.

هذه أهم الأسباب التي أوهنت من قيمة التحاليل البيولوجية و رغم ذلك تبقى البصمة الوراثية خصوصا قرينة قوية أقوى بكثير من تحليل فصائل الدم التي تنفي النسب فقط و لا يمكن الإعتماد عليها في إثباته.

و أخلص مما سبق إلى أنّ التحاليل الجينيّة تبقى قرينة ظنيّة تخضع لتقدير المحكمة و سلطتها في إستخلاص الوقائع و تقدير أدلة الدعوى المطروحة أمامها. و بهذا ينتصر لواء أهل القضاء على أهل الطب لأنهم -أي أهل القضاء- هم أهل الحق و الرشاد الذين أمرهم الله تعالى بقوله: *" و إذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل"* [النساء الآية 58]

المطلب الثاني: العقبات التي تواجه إستخدام الطرق العلمية

رغم الدور الذي تلعبه الطرق العلمية في مجال إثبات النسب أو نفيه إلاّ أن هناك صعوبات تعرقل العمل بها سواء كانت عوائق مادية أو عقبات يحتجّ بها الخصم من أجل محاولة الإفلات من الخضوع لفحص الدم، الأمر الذي يحتم ضرورة التغلب على هذه الصعوبات حتى لا يضيع الولد و الشرف و هذا ما سأعالجه فيما يلي:

الفرع الأول: الصعوبات المادية

إن أهم ما يقف عائق أمام الأخذ بطرق التحليل البيولوجي في العالم العربي عموما و في الجزائر خصوصا هو العائق المادي، إذ يتطلب الأمر تجهيز مخابر خاصة على مستوى جيّد بأحدث التجهيزات و هذا يحتاج إلى إمكانيات ضخمة بالإعتماد من جهة على مخابر عالية الجودة و من جهة أخرى على خبراء و أخصائيين. و في الجزائر فإن مخبر ADN الذي تم تدشينه بتاريخ: 2004/07/22 يعدّ أول خطوة لتشجيع العمل بالبصمة الوراثية و هو يساهم بدور فعّال في المجال الجنائي و يفترض أن يكون له دورا أيضا في مسائل إثبات النسب أو نفيه، إلاّ أن إعتماد بلادنا على مخبر وحيد و موجود بالجزائر العاصمة لا يكفي لتغطية التحاليل الجينية على المستوى الوطني و هذا يؤدّي إلى تعطل إجراءات سير الدعاوى، كما يتطلب بالمقابل مصاريف باهظة.

الفرع الثاني: الصعوبات القانونية

من الصعوبات القانونية التي يمكن أن يتمسك بها الخصم للتهرب من الإختبارات الوراثية أن يتمسك بمخالفة هذه التحاليل لأحكام الشريعة الإسلامية أو بأنّ الخضوع لهذا الفحص يتعارض مع حرمة الحياة الخاصة و قاعدة عدم إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه و هو ما سأشرحه في النقاط الآتية:

أولا: مدى إتّفاق الأخذ بالطرق العلمية مع مبادئ الشريعة الإسلامية

كثيرا ما تواجه عملية فحص الدم عائق كبير أسست عليه الشريعة الإسلامية أغلب أحكام النسب و لم تزعزعه أو تهدر قيمته إلاّ بما هو أقوى منه و هو اللّعان و هذا العائق هو الفراش و الذي لا تستطيع البصمة الوراثية إقتلاعه لأنه ثابت بالكتاب و السنة لقوله صلى الله عليه و سلم: *"الولد للفراش"* إضافة للّعان الذي جعلته الشريعة الإسلامية الطريق الوحيد لنفي النسب[1] و بالتالي فإنّ هناك من يتمسّك باللّعان لنفي النسب و يرفض الخضوع لفحص الدم لعدم النص عليه شرعا، و من جهة أخرى هناك من يحتجّ بأن تحاليل الدم و خصوصا البصمة الوراثية لم يرد بشأنها حكم عن الشارع الحكيم و تجاهلوا قوله تعالى: *"سنريهم آياتنا في الآفاق و في أنفسهم حتى يتبيّن أنّه الحق ..."* [فصّلت الآية 53]. و بذلك فهي تعتبر في حكم المنصوص عليها.

و يرى جمهور الفقهاء أن الأصل في الأشياء الإباحة و ليس التحريم، لأن تحريم ما لم يرد بشأنه نص لمجرد أنه مسكوت عنه يعتبر من باب التكليف بدون بيان و هو تكليف بما لا يطاق[2]، و إسقاطا على العمل بالقافة في إثبات النسب بناءا على العلامات الظاهرة التي يعرفها القائف كما ورد في حديث عائشة رضي الله عنها قالت: دخل عليّ رسول الله *–صلى الله عليه و سلم–* ذات يوم مسرورا تبرق أسارير وجهه، فقال *"ألم تري أن مجزّزا المدلجي نظر آنفا إلى زيد إبن الحارث و أسامة بن زيد و عليها قطيفة قد غطّيا رؤوسهما و بدت أقدامهما فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض ..."* [رواه البخاري]، و بالتالي فإن سرور نبيّ الله عليه السلام دال على إقراره بالقيافة، فما بالك اليوم بخبرة طبّية يقينيّة.

ثانيا: فحص الدم و مدى إجبار الخصم على تقديم دليل ضدّ نفسه

لما كانت المبادئ العامة في الإثبات تذهب إلى أنه لا يجوز إجبار الخصم على تقديم دليل ضدّ نفسه لأن الخصم المكلف بالإثبات هو الذي يجب عليه تقديم المستندات التي تؤيّد صحّة إدّعائه و له ليس أن يطرح عن نفسه عبء الإثبات و يلقيه على خصمه. فهل يجوز إلزام الشخص بتقديم عيّنة من دمه أو خصلة من شعره أو عيّنة من سائله المنوي لإجراء فحوص طبية من أجل إثبات النسب أو نفيه؟[3] و للإجابة على ذلك و قياسا على

(1)– إبن القيم الجوزية – المرجع السابق ص 164.

(2)– www.islamonline.net

(5)– الدكتور عصام أحمد البهجي – المرجع السابق ص 95 – 97.

قانـــون الإجراءات الجزائية الذي يسمح للضّبطية القضائية أو وكيل الجمهورية تفتيش المتهم أو مترله إذا كـــان لذلك فائدة في إظهار الحقيقة التي يسعى التشريع إلى تحقيقها و نفس الغاية التي يسعى المشرّع إليها من خلال إجازته اللجوء للطرق العلمية في مجال إثبات النسب.

ثالثا: فحص الدم و مدى جواز المساس بمبدأ معصومية الجسد

لقد عبّرت الجماعة الدولية ممثلة في الأمم المتحدة و مؤتمراتها عن قلقها إزاء المنجزات العلمية و التقنية الحديثة التي تولّد مشاكل إجتماعية و تعرّض للخطر الحقوق المدنية و السياسية للفرد و الجماعة و تتجاوز إعتبارات تتعلق بالكرامة الإنسانية(1) و قد أوصت الأمم المتحدة على إتخاذ تدابير فعّالة منها التشريعية لكفالة إستخدام التقدّم العلمي و التكنولوجي في تأكيد حقوق الإنسان و حريّاته(2)، و على ذلك فإن إلزام شخص بالخضوع للتحليل البيولوجي لإثبات النسب أو نفيه يعدّ مساس بحق الإنسان في الحفاظ على أسراره و خصوصياته كما أنه يعتبر تدخلا و مساسا بسلامته الجسدية(3)، و على المستوى المحلّي فإن الحق في السلامة الجسدية مبدأ مضمون دستوريا(4)

و بإنزال ما تقدّم على موضوعنا نجد أن هناك تنازع بين حقّين أوّلهما هو حق المجتمع في الوصول إلى الحقيقة و الثاني هو حق الإنسان في صيانة أسرار حياته الخاصة لأن الفحوصات الجينية تفتح المجال للبحث عن الخصائص الوراثية و بالتالي الكشف عن معلومات ذات طابع شخصي (الكشف عن الشخصية، الطبع، الإستعداد الإجرامي، الأمراض الوراثية كمعرفة إكتشاف وجود الجين المسبب أحد الأمراض التي لا تظهر إلا بعد سن معيّنة مثل الجين المسبب لمرض هانتجون الذي لا تظهر أعراضه إلاّ بعد بلوغ المريض سن الأربعين– و هو مرض عصبي يصيب الدماغ و له نتائج وخيمة تؤدي إلى الموت خلال فترة خمس إلى عشر سنوات) و بالموازنة بين الحقين السابقين نجد أن الأول أولى بالرعاية لكونه حق عام يهمّ المجتمع بأسره ذلك أن ثبوت النسب تتعلق به حقـــوق

---

(1)– إعلان طهران الصادر عن المؤتمر الدولي لحقوق الإنسان المنعقد بطهران في: 1968/05/13.

(2)– الإعلان الخاص بإستخدام التقدّم العلمي و التكنولوجي لصالح السلم و الخير للبشرية و الصادر عن الأمم المتحدة في: 1985/11/10

(3)– بحث للدكتور حمدي عبد الرحمان في شأن معصومية الجسد على موقع الأنترنيت www.islamonline.Net

(4)– المادة 35 دستور 96: "يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضدّ الحقوق و الحريات و كل ما يمس بسلامة الإنسان".

– المادة 34 دستور 96: " تضمن الدولة عدم إنتهاك حرمة الإنسان، يحضر أيّ عنف بدني أو معنوي أو مساس بالكرامة".

مشتركة بين الله تعالى و بين الأب و الإبن و الأم و المجتمع ككل، كما أن هذا الإشكال يحدث فقط في حالة رفض الشخص الخضوع للفحص بغيّة الحصول على العيّنة، أما عندما يتعلق الأمر برضاء الشخص و قبولـــــه للفحص فإنّ قبوله الإختياري يحسم الإشكال. و يدخل ذلك في نطاق الحقوق التي يجوز للشخص التنازل عنها[1] كما أن التشريعات المقارنة التي تسمح بجمع بيانات البصمة الوراثية رغم أنها تشكل ضررا بالحياة الخاصة، قـــد سمحت بذلك في نطاق محدود جدا مع ضرورة إحاطة المعلومات المتحصلة من فحص البصمة الوراثية بقدر كبير جدا من السرية حيث يعاقب كل من يفشي أسرار البصمة الوراثية وفقا للنصوص العقابية[2]، و حبذا لوساير المشرّع الجزائري هذا الإتجاه.

و بناءا على ما تقدم يباح المساس بالحق في الخصوصية رغم كونه من حقوق الإنسان اللّصيقة بشخصه و التي تتعلق بكرامته و هذا المساس لغايات أسمى يسعى إليها المشرّع رغم ما يلحق ذلك من ضرر بالحياة الخاصـــة. و رغم كل هذه الصعوبات و العوائق التي تقف أمام التحاليل البيولوجية إلاّ أنه لا يمكن إستبعاد اللجوء إلى الخبرة الطبية خصوصا بعد أن نصّ المشرّع عليها صراحة في قانون الأسرة، و بالتالي فمتى رأت المحكمة أن هناك ضرورة ما لخدمة العدالة بإجراء هذه التحاليل فلن تتأخر في الإستعانة بالخبرة الجينية.

(1)- الدكتور عصام أحمد البهجي – المرجع السابق ص 99 – 100.

(2)- تعاقب المادة 226 من قانون العقوبات الفرنسي على إفشاء أسرار معلومات البصمة الوراثية بالحبس لمدة سنة و غرامة مقدارها 100 000 فرنك.

الخــــاتــمـــــــــــــــة

من خلال دراسة رابطة النسب إثباتا و نفيا بإعتبارها نسيج الأسرة ، حاولت معالجة هذا الموضـــــــوع بالإعتماد على الدراسة القانونية للطرق الشرعية و العلمية التي جسّدها المشرع الجزائري في المادة 40 من قانون الأسرة المعدّلة، و توصّلت إلى أن القانون إقتدى بما أتى في الشريعة الإسلامية بأخذه الفراش كأساس للنسب و بالإقرار و البيّنة كما أن إعتماده للطرق العلمية في مجال النسب لا يعدّ خروجا على مبادئ الشرع طالما أن الهدف منها هو وضع الحقائق في مكانها الصحيح، و بالتالي فإن التسليم بذلك يؤصّل ما هو مقرّر شرعا بأن الولد للفراش. مع ضرورة أخذ الحيطة و الحذر و الإلتزام بالشروط و الضوابط العلمية، و رغم إعتمادها كطرق قطعية الدلالة إلا أنها تبقى خاضعة لتقدير المحكمة.

كما أن نص المادة 40 من قانون الأسرة يطرح إشكالية في تطبيقه على مستوى أقسام شؤون الأســـرة، لهذا لا يزال النسب يثبت بالطرق الشرعية و يعود ذلك إلى وجود مخبر وحيد تابع للشرطة العلمية، و تعيين القائمين بالتحليل الجيني يرجع لمديره، و هذا لا يتماشى مع إجراءات الخبرة القضائية التي يعيّن فيها القاضي خبير محلّف للقيام بالإجراءات المطلوبة منه، الأمر الذي يحتّم على المشرّع ضرورة إصدار نصوص تنظيمية تبيّن كيفيّة تطبيق المادة 2/40 من قانون الأسرة، و رغم تنظيم قواعد النسب شرعا وقانونا إلاّ أنه و خلال السنوات الأخيرة لاحظت إرتفاع عدد قضايا النسب و يعود سبب ذلك أساسا إلى إنتشار العلاقات الغير شرعية و تنامي ظاهرة الزواج العرفي أمام رفض الآباء الإعتراف بأبنائهم بعد فشل الزوجة في إثبات العلاقة الزوجية أمام المحكمة، و حتى لو تمكّنت من ذلك إلا أنها ستواجه حتما رفض الزوج الإعتراف بالنسب و رفض إجراء التحاليل إستنادا إلى أن القانون لا يلزمه بالخضوع للتحاليل البيولوجية، و لذلك لا بدّ من إصدار نص يمنح للمحكمة الحق في إخضاع الأب لهذه التحاليل، و إذا رفض يعتبر رفضه دليلا على صحّة نسب الإبن لـــــــــه.

و تشير الإحصائيات إلى أن هناك ما يفوق 21 ألف طفل غير شرعي في الجزائر ولدوا في السنوات السبع الأخيرة[1]. و من خلال دراستي وجدت أن هناك إختلاف فقهي بشأن جواز أن ينسب ولد الزنا إلى الأب مما دعى البعض إلى ضرورة الأخذ بالبصمة الوراثية كدليل قاطع للنسب، لكن و إنطلاقا من القاعدة الفقهية التي تقول: "ماء الزنا هدر" أي ما ينتج عنه غير معترف به، و عليه فإن إثبات نسب ولد الزنا من خلال الإستعانة بتحليل البصمة الوراثية مردود عليه.

---

(1)- مقال للسيد وزير التضامن و التشغيل الوطني الجزائري جمال ولد عباس منشور في جريدة القبس المصريّة– العدد 1764 الصادر بتاريخ: 2006/12/01.

إلّا انه في هذا الإطار أشير إلى النقطة التي أثارها وزير التضامن الإجتماعي (جمال ولد عباس) بإعلانـــه الأخير عن فتح ملف الأمهات العازبات مجددا و الذي كان محل شدّ و جذب بين كثير من الأطراف التي إختلفت رؤاها في كيفيّة معالجة الظاهرة، التي أصبحت تهدد وحدة المجتمع الجزائري، فقد أعلن الوزير أن الحكومة الجزائرية ستصدر قريبا قانونا خاصا بالأمهات العازبات و كشف أنه سيتم إستخدام تقنية ADN لتحديد هويّة آباء الاطفال الغير شرعيّين للحصول على إسم عائلي، وأضاف أن مشروع القانون الجديد سيخصص منحة مقدارها 10 آلاف دينار جزائري عن كل طفل غير شرعي، إلاّ أن هذا القانون في حالة صدوره سيزعزع قاعدة متأصّلة مفادها أن الولد للفراش، و سيثير جدلا كبيرا خاصّة من الشخصيات الإسلامية التي ستعتبر أن هذه الخطوة تعدّ مبادرة حكومية لتشجيع الزنا، و بالتالي تقتضي الضرورة البحث عن جذور المشكل قبل البحث عن حلّه عن طريق البصمة الوراثية أو غيرها و هذا يستلزم البحث عن البصمة الأخلاقية و التربوية في مجتمعنا و أن نعمل على غرسها و تأكيدها.

و في الأخير و مواجهة لكثرة قضايا إثبات النسب على مستوى المحاكم، و إضافة لما سبق إقتراحه فإن الأمر يتطلّب إتخاذ حزمة من الإجراءات كما يلي:

-إجراء تعديل تشريعي يضع التحاليل الجينية ضمن الإجراءات الملزمة و يتضمن التعديل ضرورة إلـــزام الزوج بالخضوع لإجراء تحليل البصمة الوراثية مع تحمّل الدولة تكلفة إجراء هاته التحاليل.

-تكوين خبراء محلّفين و مختصّين في التحاليل الجينية على مستوى المحاكم.

- الحد من إنتشار ظاهرة الزواج العرفي مع إصدار تعليمات لأئمّة المساجد بمسك سجلاّت خاصّة لهذا الغرض حتى تسهل عمليّة الرّجوع إليها عند الحاجة.

-إستصدار قرار إداري يمنع إستخراج شهادة بقيد ميلاد طفل إلّا بعد إجراء البصمة الوراثية لترفق بتلك الشهادة، على أن تكون بصمة الطفل مطابقة لبصمة الأبوين المسجّلة في عقد زواجهما.

- إصدار قرار مثيل للأطفال اللقطاء و مجهولي النسب للبحث عن ذويهم أو لمعرفة أمهاتهم على الأقل، و ذلك لإنسابهم إليهنّ شرعا لما يتعلّق بذلك من أحكام شرعية كالميراث و المحرّمات ....

- صدورالأحكام القاضية بإثبات النسب إنتهائيًا مع إعفاء إجراءات دعوى إثبات النسب من الرسوم القضائية.

إنّ إتّخاذ هذه الإجراءات المقترحة يعدّ مسايرة للعصر و أخذا بالحقائق العلمية، و يعطي للطفل الحق في دفع العار عنه بالإنتماء إلى والدين حقيقيين، و هذا هو أقل حق يمنح لطفل القرن الحادي و العشرين الذي ولد في ظل الثورة المعلوماتية.

<u>قائمة المصادر و المراجع</u>

I- المصــــــادر:

<u>أولا:</u> القرآن الكريم.

<u>ثانيا:</u> صحيح مسلم و البخاري.

<u>ثالثا:</u> النصوص القانونية:

1-دستور 1996.

2-الأمر رقم: 156/66 المؤرّخ في: 1966/06/08 المعدّل و المتمم المتضمّن قانون العقوبات.

3-الأمر رقم: 20/70 المؤرّخ في: 1970/12/19 المتعلّق بالحالة المدنية.

4-قانون رقم: 11/84 المؤرّخ في: 1984/06/09 المتضمّن قانون الأسرة المعدّل و المتمم بالأمر 02/05 المؤرّخ في: 2005/02/27.

5-المرسوم التنفيذي رقم: 276/92 المؤرّخ في: 1992/06/06 المتضمّن أخلاقيات الطب.

6-المرسوم التنفيذي رقم: 24/92 المؤرّخ في: 1992/01/13 المتمم للمرسوم رقم: 157/71 المؤرّخ في: 1971/06/03 المتعلّق بتغيير اللقب.

II- المراجـــــع:

<u>أولا:</u> المؤلفـــات

1-أبو الوفاء محمد – مدى حجيّة البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي و الفقه الإسلامي.

2-د. أحمد فرّاج حسين – أحكام الأسرة في الإسلام – الطلاق، حقوق الأولاد، نفقة الأقارب، طبعة 1991.

3-أحمد محمود الشافعي – الطلاق و حقوق الأولاد و الأقارب، طبعة 1987.

4-أنور العمروسي – أصول المرافعات في مسائل الأحوال الشخصية القواعد الموضوعية و الإجرائية– دار ا الطباعة الراقية - القاهرة ، الطبعة السابعة.

5-المستشار أحمد نصر الجندي – الطلاق و التطليق و آثارهما – دار الكتب القانونية – مصر، طبعة 2004.

6-المستشار أحمد نصر الجندي – النسب في الإسلام و الأرحام البديلة – دار الكتب القانونية – مصر، طبعة 2003.

7-المستشار عبد العزيز عامر – الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها و قضاءا – النسب، الرّضاع،

الحضانة، نفقة الأقارب - دار الكتاب العربي – مصر، طبعة 1961.
8-إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم – الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية – القسم الثاني – الفرقة و الحقوق و الأقارب، طبعة 1991.
9-د. بلحاج العربي – قانون الأسرة – مبادئ الإجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا – ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 1994.
10- د. بلحاج العربي – الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري – الجزء الأول – الزواج و الطلاق – ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 2004.
11- تشوار الجيلالي – الزواج و الطلاق إتجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية – ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 2001.
12- د. جلال الجابري – الطب الشرعي و السموم – الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع عمان - الطبعة الأولى / الإصدار، طبعة 2002.
13- خليفة علي الكعبي – البصمة الوراثية و أثرها على الأحكام الفقهية – دار الجامعة الجديدة للنّشر، طبعة 2002.
14- د. سعد الدين مسعد الهلالي – البصمة الوراثية و علائقها الشرعيّة – مجلس النشر العلمي – مكتبة الكويت الوطنية، الطبعة الأولى 2001.
15- شمس الدين محمد إبن أبي بكر إبن القيّم الجوزية – زاد المعاد في هدي خير العباد – دار الكتاب العلمية بيروت – الجزء الرابع، الطبعة الأولى 1985.
16- شمس الدين محمد إبن أبي بكر إبن القيّم الجوزية – الطرق الحكيمة في السياسة الشرعيّة – دار الجبل بيروت ، الطبعة الأولى1998.
17- د. صالح حنفي – قضاء الأحوال الشخصيّة – دار الكتاب العربي القاهرة.
18- د.عبد العزيز سعد – الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري – طبع و نشر دار البحث – قسنطينة الجزائر، الطبعة الثالثة 1989.
19- د. عبد العزيز سعد – الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، الطبعة الثالثة 2002.
20- د. عبد الرحمان الصابوني – شرح قانون الأسرة السوري – الجزء الثاني – الطلاق و آثاره – المطبعة الجديدة – دمشق، الطبعة الخامسة 1979.

21- عبد الفتّاح تقيّة – مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ و أحكام الفقه الإسلامي، طبعة 2000.

22- د. عصام أحمد البهجي – تعويض الأضرار الناتجة عن تطبيقات الهندسة الوراثية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية – دار الطباعة الجديدة للنّشر، طبعة 2006.

23- د. فضيل سعد – شرح قانون الاسرة الجزائري – الجزء الثاني - الزواج و الطلاق – المؤسسة الوطنية للكتاب، الطبعة الأولى 2007.

24- د. كارم السيد غنيم – الإستنساخ و الإنجاب بين تجريب العلماء و تشريع السماء – دار الفكر العربي، الطبعة الأولى 1998.

25- وسام أحمد السمروط – القرينة و أثارها في إثبات الجريمة – دراسة فقهيّة مقارنة – منشورات الحلبي الحقوقيّة، الطبعة الأولى 2007.

26- د. محمد محي الدين عبد الرحمن – الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى سنة 1984.

27- د. محمد نبيل سعد الشاذلي – أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي – دار النهضة العربية – القاهرة 1989.

28- مولاي ملياني بغدادي – حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية، طبعة عام 1997.

29- د. محمد سمارة – أحكام و آثار الزوجية – شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى الإصدار الأول 2002.

30- الإمام. محمد أبو زهرة – الأحوال الشخصية – دار الفكر العربي القاهرة، طبعة 2005.

31- د. يوسف قاسم – حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي – دار النهضة العربية القاهرة، طبعة 1992.

ثانيا: المجلّات و الدوريات

1- الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصيّة – المجلّة القضائية لسنة 1989، العدد الرابع.

2- المجلة القضائية لسنة 1990، العدد الأوّل.

3- المجلّة القضائية لسنة 1995، العدد الثاني.

4- نشرة القضاة – مديرية البحث، العدد 47، طبعة 1995.

5- الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية – عدد خاص، طبعة 2001.

6- مجلّة الحقوق – د. محمد أبو زيد – دورة التقدم البيولوجي في إثبات النسب العدد الثاني الصادرة عن مجلس النشر العلمي – جامعة الكويت 1996.

7- مجلّة الشروق – مقال لسعيد مقدّم – الإستنساخ، العدد 314.

8- جريدة الوطن السعودية الصادرة في: 2004/05/01، العدد 138.

9- جريدة الشرق الأوسط الصادرة في 1422/10/27 هـ العدد 256.

10- جريدة الأهرام العربي – الصادرة بتاريخ: 2006/04/28.

ثالثا:سلسلة البحوث الفقهية و المحاضرات

1- مجلس مجمع الفقه الإسلامي – دورة المؤتمر العاشر حول الإنساخ البشري من: 1997/06/28 إلى: 1997/07/03.

2- الندوة الفقهية الطبية الحادية عشر للمنظّمة الإسلامية للعلوم الطبيّة بالكويت في الفترة 98/10/15/13 بعنوان: *"الوراثة و الهندسة الوراثيّة و الجينوم البشري و العلاج الجيني – رؤية إسلاميّة"* .

3- الحلقة النقاشيّة حول حجيّة البصمة الوراثيّة لإثبات البنوّة المنعقدة بتاريخ: 03 و 2000/05/04 بالكويت.

4- الدورة السادسة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي المنعقدة في مكّة المكرّمة لرابطة العالم الإسلامي بتاريخ: 05 و 2002/01/10.

5- محاضرات الأستاذ ملزي عبد الرحمان – الإثبات في المواد المدنيّة – ألقيت على الطلبة القضاة، الدفعة السادسة عشر 2006/2005.

رابعا: المواقع الإلكترونيّة

1- www.islamonline.net

2- www.islamtoday.net

الفهـــــــــــرس

مقدمـــــــــة 01

الفصل الأول: إثبات النسب بالطرق الشرعيّة 05

المبحث الأول: إثبات النسب بالزواج الصحيح و ما يلحقه 05

المطلب الأول: إثبات النسب بالزواج الصحيح 05

الفرع الأول: نسب المولود حال قيام الزوجية 06

أوّلا: شروط نسب الطفل الناتج عن الإخصاب الطبيعي 06

1- .... الزوج

ية القائمة بين الرجل و المرأة على أساس عقد الزواج الصحيح 06

2- .... إمكاني

ة الإتصال الجنسي بين الزوجين 06

3- ....

ولادة الولد بين أقل مدة الحمل و أقصاها 08

أ- .... أقل

مدة الحمل 08

ب- .... أقصى

مدّة الحمل 08

4- .... عدم

نفي الولد بالطرق المشروعة 09

أ- .... تعري

ف اللعان 09

ب- .... إجراءا

ت اللعان 10

ت- .... شرو

ط اللعان 11

ث- .... حالا

ت ينتفي فيها النسب دون الملاعنة الشرعية 12

ثانيا: نسب الطفل الناتج عن الإخصاب العلمي 12

1- .... مفهو

م التلقيح الإصطناعي و أنواعه 13

2- .... موة

ف المشرّع الجزائري من عملية الإنجاب الإصطناعي 14

أ- .... أن

يكون الزواج شرعيا 14

ب- .... أن

يتم تلقيح بويضة إمرأة بمني زوجها 14

ج - موافقة الزوجين على إجراء عملية الإنجاب الإصطناعي 15

د- توافر حالة الضّرورة الملحّة 15

ثالثا: نسب طفل الإستنساخ 15

1- .... ماهيّة

الإستنساخ البشري 15

أ- .... الإستن

ساخ الجيني 15

الإستنساخ الخلوي 15

2- .... حكم

طفل الإستنساخ 16

الفرع الثاني: نسب الولد بعد الفرقة بين الزوجين 17

أوّلا: ثبوت نسب ولد المطلّقة 17

1- .... ثبوت

نسب ولد المطلّقة قبل الدخول 17

2- .... ثبوت

نسب ولد المطلّقة بعد الدخول 17

ثانيا: ثبوت نسب ولد المتوفّى عنها زوجها 19

ثالثا: ثبوت نسب الولد عن المرأة التي غاب عنها زوجها 19

المطلب الثاني: إثبات النسب بالزواج الفاسد و بنكاح الشبهة 20

الفرع الأول: إثبات النسب بالزواج الفاسد 20

أوّلا: مفهوم الزواج الفاسد 20

ثانيا: شروط ثبوت النسب من الزواج الفاسد 20

الفرع الثاني: ثبوت النسب عند الوطء بشبهة 21

أوّلا: تعريف الوطء بشبهة 21

ثانيا: أقسام الوطء بشبهة و قواعد إثبات النسب فيها 22

1- شبهة الفعل 22

2- شبهة المحل أو الملك 22

3- شبهة العقد 22

المبحث الثاني: إثبات النسب بالإقرار 23

المطلب الأوّل: أنواع الإقرار 23

الفرع الأوّل: الإقرار بالنسب على النفس 24

الفرع الثاني: إقرار الشخص بالنسب على الغير 25

الفرع الثالث: دعاوى النسب 26

أوّلا: الدعوى التي لا يكون فيها تحميل النسب على الغير 27

ثانيا: الدعوى التي فيها تحميل النسب على الغير 27

المطلب الثاني: حكم المتبنّى و اللّقيط إتّجاه الإقرار 27

الفرع الأوّل: حكم التبنّي 28

الفرع الثاني: حكم اللقيط 30

المبحث الثالث: البيّنة وآثارها في إثبات النسب 30

المطلب الأوّل: مفهوم البيّنة في مجال النسب و أنواعها 31
الفرع الأوّل: مفهوم البيّنة في مجال النسب 31
أوّلا: البيّنة بمعنى الدليل 31
ثانيا: البيّنة بمفهوم الشهادة 31
الفرع الثاني: أنواع البيّنة 33
أوّلا: الشهادة المباشرة 33
ثانيا: الشهادة الغير مباشرة 33
ثالثا: الشهادة بالتسامع 33
رابعا: الشهادة بالشهرة العامة 33
المطلب الثاني: حجيّة البيّنة مقارنة بالإقرار في مجال النسب 34
الفصل الثاني: إثبات النسب بالطرق العلمية البيولوجية الحديثة 36
المبحث الأوّل: نظام تحليل فصائل الدم 36
امطلب الأوّل: النتائج العلمية لفحص الدم 36
الفرع الأوّل: نظام ABO 36
الفرع الثاني: نظام RH 39
الفرع الثالث: نظام MN 39
الفرع الرابع نظام HLA 39
المطلب الثاني: فحص فصائل الدم دليل مؤكّد للنفي أو للإثبات 40
المبحث الثاني: نظام البصمة الوراثية 41
المطلب الأوّل: شروط العمل بالبصمة الوراثية و ضوابطها 41
الفرع الأول: شروط العمل بالبصمة الوراثية 43
الفرع الثاني: الضوابط الشرعيّة للعمل بالبصمة الوراثية 44
المطلب الثاني: موقف البصمة الوراثية من الأدلّة الشرعية لثبوت النسب و نفيه 45
الفرع الأوّل: موقف البصمة الوراثية من الأدلّة الشرعية لثبوت النسب 45
أوّلا: موقف البصمة الوراثية من الفراش 45
ثانيا: موقف البصمة الوراثية من البيّنة 46

ثالثا: موقف البصمة الوراثية من الإقرار 47

الفرع الثاني: موقف البصمة الوراثية من الدليل الشرعي لنفي النسب (اللعان) 48

أوّلا: هل ينفى النسب بالبصمة الوراثية دون اللعان 48

ثانيا: قطع النسب ليس من لزوم اللعان 50

المبحث الثالث: حجيّة الطرق العلمية في مجال النسب و العقبات التي تواجه إستخدامها 52

المطلب الأوّل: حجيّة الطرق العلمية الحديثة 52

الفرع الأوّل: الحجيّة المطلقة للطرق العلمية 52

الفرع الثاني: الحجيّة النسبية للطرق العلمية 53

المطلب الثاني: العقبات التي تواجه إستخدام الطرق العلمية 55

الفرع الأوّل: الصعوبات المادية 55

الفرع الثاني: الصعوبات القانونية 55

أوّلا: مدى إتفاق الأخذ بالطرق العلمية مع مبادئ الشريعة الإسلامية 56

ثانيا: فحص الدم و مدى جواز إجبار الخصم على تقديم دليل ضدّ نفسه 56

ثالثا: فحص الدم و مدى جواز المساس بمبدأ معصوميّة الجسد 57

الخـــــــاتمة: 59

المـــــــراجع:

المـــــــلاحق: